

Groupe de réflexion "Droit des sociétés"

Rapport final

24 septembre 1993

Table des matières

1. Constitution et tâches du Groupe de réflexion "Droit des sociétés"	5
2. Adaptation du droit suisse des sociétés aux directives de la CE	7
2.1 Importance du droit de la CE pour le droit suisse des sociétés	7
2.2 Droit concernant l'établissement des comptes (4ème et 7ème directives de la CE)	8
2.2.1 Différences essentielles entre le droit suisse et les dispositions de la CE	8
2.2.2 Nouvelle révision du droit relatif à l'établissement des comptes?	9
2.2.3 Réglementation détaillée du droit relatif à l'établissement des comptes dans une ordonnance?	11
2.2.4 Conclusions	12
2.3 Exigences relatives aux vérificateurs des comptes (8ème directive de la CE)	12
2.3.1 Adaptation	12
2.3.2 Problèmes liés au système actuel exempt de procédure d'autorisation	13
2.3.3 Conclusions	14
2.4 Publicité, pouvoir de représentation des organes et nullité de sociétés (1ère. et 11ème directives de la CE)	14
2.4.1 Adaptation	14
2.4.2 Conclusions	15
2.5 Constitution, capital et maintien du capital (2ème directive de la CE)	15
2.5.1 Adaptation	15
2.5.2 Conclusions	16
2.6 Fusion et scission de sociétés (3ème et 6ème directives de la CE)	16
2.6.1 Adaptation	16
2.6.2 Conclusions	17

Publication: Office fédéral de la justice
3003 Berne

Vente: Office central fédéral des
imprimés et du matériel
3000 Berne

Article: 407.020.f

2.7 Sociétés à un seul actionnaire	17	3.5 Révision de la S.à.r.l.	42
2.7.1 Adaptation	17	3.5.1 Interventions parlementaires	42
2.7.2 Conclusions	17	3.5.2 Désavantages de la S.à.r.l.	42
2.8 Institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)	17	3.5.3 Possibilités de rendre la S.à.r.l. plus attractive	43
2.9 Propositions relatives à d'autres directives et règlements de la CE dans le domaine du droit des sociétés	18	3.5.4 Principales limites d'une révision	45
2.9.1 Aperçu	18	3.5.5 Conclusions	46
2.9.2 Conclusions	19	3.6 Révision de la société en commandite par actions	46
2.10 Conséquences	19	3.6.1 Expansion minimale et ses causes	46
3. Formes juridiques et dispositions spéciales pour petites et moyennes entreprises	21	3.6.2 Principales lacunes de la réglementation	47
3.1 Interventions parlementaires	21	3.6.3 Conclusions	53
3.1.1 Formes différenciées de sociétés anonymes et introduction de dispositions spéciales	21	3.7 Possibilité de constituer une société de personnes à responsabilité limitée	54
3.1.2 Création d'une forme de société spécifique pour les petites et moyennes entreprises	22	3.8 Conséquences	55
3.1.3 Etat des questions ouvertes	23	4. Incohérences du nouveau droit des sociétés anonymes; éventualité d'une nouvelle révision	57
3.2 Forme juridique spécifique pour les petites et moyennes entreprises	24	4.1 Intervention parlementaire	57
3.3 Séparation du droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes	25	4.2 Avis	58
3.3.1 La SA comme forme juridique pour les petites et les grandes entreprises; problématique et ébauche de solution dans le droit révisé des sociétés anonymes	25	4.3 Conséquences	58
3.3.2 Séparation formelle du droit des sociétés anonymes	26	5. Révision du droit des sociétés coopératives	60
3.3.3 Différenciation matérielle dans le cadre d'un droit des sociétés anonymes formellement unique	27	5.1 Intervention parlementaire	60
3.3.4 Conclusions	27	5.2 Genèse	60
3.4 Dispositions spéciales en droit des sociétés anonymes	28	5.3 Révision	61
3.4.1 Différenciation dans le droit révisé des sociétés anonymes; situation initiale	28	5.4 Conséquences	63
3.4.2 Questions pouvant faire l'objet de dispositions spéciales pour les petites et moyennes entreprises	28	6. Fusion, scission et transformation de sociétés	64
3.4.3 Conclusions	41	6.1 Nécessité d'une réglementation	64
		6.2 Eléments d'une nouvelle réglementation	65
		6.2.1 Fusion	65
		6.2.2 Scission	65
		6.2.3 Transfert de patrimoine	66
		6.2.4 Transformation de sociétés	66
		6.2.5 Protection des minorités et des créanciers; responsabilité	67
		6.3 Intégration des nouvelles normes en droit suisse	67

6.4 Aspects fiscaux	68
6.5 Conséquences	68
7. Droit des groupes de sociétés	70
7.1 Interventions parlementaires	70
7.2 Contenu d'un droit des groupes	71
7.3 Dispositions relevant du droit des groupes dans le droit révisé des sociétés anonymes	72
7.4 Dispositions relevant du droit des groupes dans le projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières	74
7.5 Autres questions nécessitant une réglementation	75
7.5.1 Affiliation	75
7.5.2 Publicité de groupe	76
7.5.3 Direction de groupe	76
7.5.4 Responsabilité des organes et insolvabilité de groupe	77
7.5.5 Droit fiscal des groupes	77
7.6 Application du droit actuel aux groupes	77
7.7 Réserves quant à la création d'un droit formel des groupes	78
7.7.1 Inconvénients d'un droit spécifique des groupes	78
7.7.2 Nécessité d'une réglementation internationale en la matière	79
7.7.3 Dangers d'une réglementation défavorable à la place économique suisse	79
7.8 Conséquences	80
8. Droit des fondations	81
9. Droit des papiers-valeurs	81
10. Divers	81
11. Conclusions et propositions	82
11.1 Principes	82
11.2 Orientation juridique européenne	82
11.3 Aspects de droit national	82
11.4 Propositions relatives à la poursuite des travaux	83

1. Constitution et tâches du groupe de réflexion "Droit des sociétés"

La révision du droit des sociétés anonymes est entrée en vigueur le 1er juillet 1992, après des délibérations longues et difficiles. Il ne s'agit toutefois que d'une révision partielle, l'examen de plusieurs questions importantes ayant été renvoyé à une révision ultérieure (cf. message, tiré à part, p. 31 et 43). Déjà durant les travaux de révision, de nouveaux problèmes ont été soulevés et de nouvelles demandes de révision furent déposées.

Si la Suisse avait adhéré à l'Espace Economique Européen (EEE), le droit suisse des sociétés aurait dû être adapté aux directives de la Communauté dans un délai de trois ans. Le Conseil fédéral ayant décidé de maintenir en principe la politique d'adhésion de la Suisse (cf. message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, FF 1993 I 757 ss, en particulier 767 ss), la question de l'adaptation du droit suisse des sociétés au droit actuel de la Communauté européenne reste posée.

En outre, plusieurs interventions parlementaires (en partie des anciennes) demandent déjà de réviser le nouveau droit des sociétés dans le but de:

- créer un droit des groupes de sociétés,
- améliorer le devoir d'information lors de l'acquisition d'actions,
- créer des formes différentes de sociétés anonymes ou de prévoir des règles plus différenciées dans le droit des sociétés anonymes,
- réviser le droit des sociétés coopératives.

La Commission du Conseil national pour la révision du droit des sociétés anonymes a aussi déposé une motion demandant la création d'une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; un projet a été élaboré par le Conseil fédéral (FF 1993 I 1269 ss).

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau droit des sociétés anonymes, plusieurs nouvelles interventions parlementaires demandant une forme juridique spéciale pour les petites et moyennes entreprises ont été déposées. Une révision du droit des sociétés à responsabilité limitée a également été proposée.

Au vu de cette situation, le Conseiller fédéral Arnold Koller, chef du Département fédéral de justice et police, a constitué en janvier 1993 un "groupe de réflexion", le chargeant de se prononcer sur les propositions de révision du droit des sociétés et la nécessité de ces révisions.

Jusqu'à l'été 1993, le groupe de réflexion a:

1. examiné la nécessité de réviser tout le droit suisse des sociétés;
2. indiqué les grandes lignes des révisions possibles dans chaque domaine;

3. proposé des priorités et la marche à suivre pour l'élaboration d'un droit suisse des sociétés moderne et eurocompatible.

Le groupe de réflexion était composé des personnes suivantes:

- Heinrich Koller, dr en droit et lic. oec., directeur de l'Office fédéral de la justice, Berne, président;
- Peter Böckli, prof., dr en droit, avocat, Bâle;
- Peter Forstmoser, prof., dr en droit, avocat, Zurich;
- Beat Kappeler, lic. sc. pol, Herrenschwanden;
- Anne Petitpierre-Sauvain, prof., dr en droit, avocate, Genève;
- Roland Ruedin, prof., dr en droit, avocat, Neuchâtel;
- Walter Schlupe, prof., dr en droit, avocat, Lengnau.

Monsieur Frank Vischer, prof., dr en droit, dr en droit h.c., Bâle, chargé par le Département fédéral de justice et police d'élaborer un projet de loi relatif à la fusion, la scission et la transformation de sociétés, a donné des informations sur ces questions.

Monsieur Christoph Reinhardt, dr en droit, avocat, Zurich, a fourni au groupe de réflexion un avis de droit sur la question de la nécessité de réviser les dispositions sur la société en commandite.

Monsieur Hanspeter Klay, avocat, collaborateur à l'Office fédéral de la justice et responsable du projet, a également participé aux séances. Il a rédigé le rapport final en s'aidant des rapports élaborés par les membres de la commission, les experts et l'Office fédéral de la justice.

Les procès-verbaux ont été tenus par Messieurs Pierre-André Jungo, dr en droit, avocat, et Philippe Gobet, avocat, collaborateurs à l'Office fédéral de la justice.

2. Adaptation du droit suisse des sociétés aux directives de la Communauté européenne (CE)

2.1 Importance du droit de la Communauté européenne pour le droit suisse des sociétés

La CE a édicté jusqu'à présent neuf directives et un règlement dans le domaine du droit des sociétés. Les matières traitées sont les suivantes:

1ère directive	Publicité (registre du commerce), pouvoir de représentation des organes, nullité de sociétés
2ème directive	Constitution, capital de la société et son maintien
3ème directive	Fusion de sociétés
4ème directive	Comptes annuels
6ème directive	Scission des sociétés
7ème directive	Comptes annuels consolidés
8ème directive	Exigences relatives aux vérificateurs des comptes (réviseurs)
11ème directive	Publicité des filiales
12ème directive	Sociétés à un actionnaire
Règlement (GEIE)	Institution d'un groupement européen d'intérêt économique (forme spéciale du droit international)

Les directives de la CE ne contiennent en général que des dispositions-cadres, qui sont des recommandations à l'intention des législateurs des Etats membres. Elles ne préconisent pas une unification du droit, mais seulement une harmonisation des dispositions portant sur des points essentiels; elles fixent en outre quelques standards minima; sur certaines questions, les Etats membres peuvent choisir entre plusieurs options. Le législateur national conserve ainsi une certaine liberté.

Le peuple et les cantons ont refusé le 6 décembre 1992 (cf. FF 1993 I 147) l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européenne (EEE). Si l'Accord sur l'EEE avait été ratifié, la Suisse aurait été obligée d'adapter, dans un délai de trois ans, son droit aux directives et règlements de la CE en vigueur dans le domaine du droit des sociétés (art. 77 de l'Accord sur l'EEE; FF 1992 IV 398 ss, 684, 1479 ss).

La question se pose maintenant de savoir si, après le vote négatif sur l'Accord sur l'EEE, il convient de procéder à une adaptation volontaire du droit suisse des sociétés aux dispositions-cadres de la CE ou s'il faut adopter une toute autre démarche.

Le Conseil fédéral veut en principe maintenir le processus d'adhésion de la Suisse (cf. message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE (FF 1993 I 757 ss, en particu-

lier 767 ss). Si un accord d'adhésion devait être passé avec la CE, ses directives relatives au droit des sociétés feraient partie de cet accord.

Au surplus, l'économie suisse est largement orientée vers les autres pays. C'est pourquoi le législateur doit tenir compte de l'interdépendance économique des pays. Un droit des sociétés totalement indépendant constituerait avec le temps un préjudice pour la Suisse.

Pour cette raison, le groupe de réflexion a rejeté l'idée d'un droit indépendant dans ce domaine. Une révision du droit suisse des sociétés doit donc adopter des règles eurocompatibles afin que le droit suisse des sociétés ne se développe pas d'une manière qui l'éloigne du droit de la CE et des droits de nos voisins. Il faut relever que le concept de base des directives de la CE relatives au droit des sociétés correspond largement au concept du droit suisse. Il s'impose dès lors de reprendre les dispositions-cadres de la CE dans la mesure où cela se justifie. Une adaptation progressive aux directives de la CE peut se faire en fonction de l'importance des entreprises.

Par la suite, il conviendra d'examiner en détail dans quel domaine un rapprochement du droit de la CE, indépendamment d'une démarche d'intégration, est justifié.

2.2 Droit concernant l'établissement des comptes (4ème et 7ème directives de la CE)

2.2.1 Différences essentielles entre le droit suisse et les dispositions de la CE

Les différences les plus importantes entre le droit suisse des sociétés et les directives édictées jusqu'à ce jour par la CE concernent le droit relatif à l'établissement des comptes:

- Le nouveau droit des sociétés anonymes, comme l'ancien, permet la constitution de réserves latentes supplémentaires (cf. art. 669, al. 3, CO). Par contre, les dispositions de la CE sur l'établissement des comptes obéissent au principe de la "True and fair view".
- S'agissant des moyennes et grandes entreprises, le droit suisse exige pour l'établissement du bilan et le calcul des pertes et profits moins de précision que les dispositions de la CE.
- En ce qui concerne les comptes annuels consolidés, le droit suisse permet aux sociétés d'établir elles-mêmes les règles de consolidation et d'évaluation (cf. art. 663g, al. 2, CO); selon la 7ème directive, ces règles doivent être fixées par la loi.

L'objection souvent soulevée, selon laquelle les règles sur l'établissement des comptes prévues par la CE sont faites pour les grandes sociétés, alors que la plupart des sociétés anonymes suisses sont de petites entreprises, n'est pas valable. Les dispositions de la 4ème

directive s'appliquent également aux petites sociétés; son champ d'application s'étend en effet aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés en commandite. Les exigences minimales prévues par le droit suisse des obligations pour l'établissement des comptes annuels s'appliquent à toutes les sociétés anonymes, indépendamment de leur importance; par contre, le droit de la CE permet de prévoir des dispositions différentes selon qu'il s'agit d'une petite, moyenne ou grande entreprise.

2.2.2 Nouvelle révision du droit relatif à l'établissement des comptes ?

L'amélioration de la transparence constituait l'un des buts principaux de la révision du droit des sociétés anonymes (message, tiré à part, p. 25), mais elle n'atteint pas encore le niveau de la directive de la CE dans le domaine de l'établissement des comptes. C'est pourquoi il faut examiner s'il convient de créer une réglementation eurocompatible qui prévoit des conditions différentes pour les petites, moyennes et grandes entreprises.

Lors de la révision du droit des sociétés anonymes, des propositions demandant que les comptes annuels soient plus détaillés sont restées en grande partie sans suite devant le Parlement (Bull. off. CN 1985 p. 1693 ss et 1990 p. 1360 ss). Mais depuis, un changement de pratique semble se dessiner. La fondation pour les recommandations relatives à la présentation des comptes ("FER") réexamine actuellement ses recommandations, dans le but de les rendre le plus possible eurocompatibles; l'organe suisse appelé à délivrer les autorisations envisage, quant à lui, de reprendre les recommandations modifiées de la "FER" comme conditions de l'autorisation du commerce des papiers-valeurs en bourse.

De nouvelles interventions parlementaires vont dans l'autre direction: elles proposent de prévoir une réglementation spéciale pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-après 3.1) et demandent, par exemple, d'adopter une réglementation de la comptabilité et la révision qui puisse être appliquée avec une organisation minimale.

Le nouveau droit des sociétés anonymes ne prévoit qu'une réglementation minimale dans le domaine de l'établissement des comptes; elle constitue toutefois un ensemble cohérent. Il ne se justifie pas de prévoir sur le plan matériel de nouveaux allègements pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-après 3.4.2 lit. g). Il faut notamment conserver le rapport existant entre la limitation de la responsabilité d'une part et le placement du capital à risque et l'établissement des comptes d'autre part. Ce rapport a autant d'importance dans les petites sociétés que dans les grandes. Le groupe de réflexion rejette en outre une solution juridique qui nous éloignerait encore plus des directives de la CE (cf. ci-après 2.1).

Les nouvelles prescriptions concernant l'établissement des comptes correspondent largement aux dispositions des directives sur les petites entreprises (cf. art. 663 ss CO et art. 11, 27 et 44, al. 1 de la 4ème directive). La tendance des grandes sociétés est de présenter des comptes annuels plus détaillés que ne l'exige la loi. Le bilan annuel des sociétés mixtes répondent souvent déjà aux exigences des directives de la CE. A l'exception de la question des réserves latentes et de l'estimation unique, les différences entre la pratique suisse et les

dispositions de la CE sont en fait moins importantes que ce qui est souvent prétendu sur la base des différences juridiques existantes.

Il existe cependant des motifs justifiant la création d'une réglementation eurocompatible concernant l'établissement des comptes:

- La solution prévue par le droit des sociétés anonymes en ce qui concerne l'établissement des comptes et qui consiste à traiter de la même manière les petites, moyennes et grandes entreprises n'est, matériellement, pas opportune; elle devra être modifiée avec le temps. La modification des dispositions légales sur la base des différentes recommandations suisses et internationales ne se révélera pas non plus satisfaisante sur la durée.
- La prescription faite aux sociétés publiques par l'organe suisse appelé à délivrer les autorisations d'observer les recommandations de la "FER" crée, en matière de comptabilité, une différence entre les exigences prévues pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et celles fixées pour les grandes sociétés privées qui revêtent de l'importance pour l'économie. Or, cette différence ne se justifie pas matériellement, car les dispositions relatives à l'établissement des comptes n'ont pas seulement pour but d'assurer l'efficacité du marché financier, mais aussi de protéger les actionnaires minoritaires et les créanciers ainsi que de garantir un contrôle suffisant de la direction; ces dispositions protègent ainsi les intérêts de l'entreprise elle-même et les intérêts publics. Les prescriptions relatives à l'établissement des comptes prévues par la CE sont applicables, elles, tant aux sociétés mixtes qu'aux sociétés privées.

- Les directives de la CE concernant la réglementation sur l'établissement des comptes contiennent une multitude de choix et d'options; les conséquences exactes d'une adaptation au droit de la CE ne peuvent par conséquent être déterminées que sur la base d'une proposition concrète de transposition en droit suisse, laquelle s'avère aussi nécessaire à la poursuite de la discussion sur l'intégration économique de la Suisse.

- En cas d'intégration de la Suisse, la reprise des dispositions-cadres du droit des sociétés de la CE pourraient à nouveau faire partie de l'accord (cf. ci-devant 2.1). Pour garantir, matériellement et politiquement, une discussion constructive sur les questions difficiles touchant à la comptabilité, et pour ne pas être soumis à la pression d'un bref délai d'adaptation, les travaux doivent être entrepris à temps (délai d'adaptation prévu par l'Accord EEE: trois ans).

- Indépendamment d'un accord d'intégration, l'économie a un besoin légitime à connaître de quelle manière seront probablement transposées dans le droit national les directives qui ne sont pas directement applicables; les sociétés qui veulent présenter un bilan annuel conforme au droit de la CE devraient en tout cas y être autorisées.

En cas d'adaptation de la réglementation sur l'établissement des comptes aux directives de la CE, il convient d'examiner quelles sont les facilités pouvant être accordées aux entreprises qui entendent établir leur bilan annuel conformément aux normes plus sévères de l'IASC (International Accounting Standards), comme c'est déjà souvent le cas actuellement.

2.2.3 Réglementation détaillée du droit relatif à l'établissement des comptes dans une ordonnance?

Si le droit suisse devait être adapté aux directives de la CE sur la comptabilité, les dispositions actuelles devraient être considérablement modifiées. Aussi, faudrait-il prévoir pour les petites, moyennes et grandes entreprises de nouvelles règles pour le bilan, le calcul des pertes et profits et les comptes annuels consolidés. De plus, il faudrait adopter des dispositions complémentaires sur l'évaluation.

Le droit sur la comptabilité ainsi complété alourdirait considérablement le code des obligations. Il faut dès lors se poser la question de savoir si le code des obligations ne devrait pas contenir uniquement les principes de la comptabilité, les prescriptions sur la structure et l'évaluation étant réglées dans une ordonnance. Ainsi, le code des obligations régèlerait l'obligation de tenir une comptabilité, les principes de l'établissement des comptes, la question des réserves latentes et prévoirait une norme de délégation détaillée, qui permettrait de mettre des exigences différentes selon l'importance de la société.

Les dispositions relatives à l'établissement des comptes sont importantes pour le fonctionnement de chaque société de capitaux; mais comme il s'agit en partie d'une matière technique, il est possible en principe de la retirer du code des obligations.

La réalisation des conditions posées par le droit de la CE dans le domaine de l'établissement des comptes ne laisse au législateur qu'une liberté politique limitée. Si les questions encore ouvertes sont résolues au niveau de la loi, il paraît justifié, d'un point de vue politique, de déléguer au Conseil fédéral les détails techniques. Les associations intéressées auront l'occasion de se prononcer également sur l'ordonnance.

L'importance matérielle des prescriptions sur l'établissement des comptes pourrait justifier que l'on crée une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité. Le danger de procéder plus souvent à des révisions parce qu'il est plus facile de modifier une ordonnance constitue un élément en faveur d'une loi. De ce fait, on peut laisser ouverte la question de savoir si l'établissement des comptes et la publicité doivent être réglés dans une loi spéciale ou dans une ordonnance.

2.2.4 Conclusions

Le groupe de réflexion juge opportun d'adapter le droit suisse sur l'établissement des comptes à la réglementation-cadre de la CE. Les petites, moyennes et grandes entreprises doivent faire l'objet d'une réglementation différente, conformément au concept de la CE. Cependant, des allègements pour les petites sociétés ne sont pas justifiés par rapport au droit actuel. Il faut élaborer un règlement détaillé pour toutes les entreprises ayant une activité économique, indépendamment de la forme juridique (du moins pour les corporations). Les conditions ne doivent plus être fixées, comme jusqu'à présent, en fonction de la forme juridique, mais en fonction de l'importance économique de l'entreprise.

Il conviendrait d'examiner assez rapidement la question de savoir s'il faut régler les questions techniques dans une ordonnance, en allégeant ainsi le CO, ou s'il faut créer une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité. Toute dérogation aux directives de la CE devrait être prévue dans une loi. La réglementation dans une ordonnance devrait contenir une norme de délégation qui soit claire.

Les travaux préparatoires en vue d'élaborer une réglementation devraient être entrepris sans tarder.

2.3 Exigences relatives aux vérificateurs des comptes (8ème directive de la CE)

2.3.1 Adaptation

La comptabilité annuelle d'une entreprise gagne en sûreté et en force probante lorsqu'elle est supervisée par des spécialistes. La 8ème directive de la CE, en complément des 4ème et 7ème directives, fixe les exigences concernant la formation et l'expérience des personnes chargées de l'examen de la comptabilité annuelle (réviseurs de la comptabilité).

Les réviseurs doivent remplir en principe trois conditions:

1. une maturité,
2. une formation théorique et pratique et
3. une aptitude professionnelle du niveau d'une école supérieure.

A priori, ces trois conditions ne paraissent pas adaptées au système suisse et semblent difficilement réalisables. Cependant, le droit de la CE autorise quelques facilités. Aussi, la CE admet-elle comme équivalent à la maturité la promotion sociale, c'est-à-dire une première formation professionnelle achevée. La fréquentation d'une école supérieure au sens étroit du terme n'est alors plus exigée; la seule exigence demandée est que le niveau de formation des réviseurs corresponde à la formation standard d'une haute école. La 8ème directive prévoit en outre plusieurs exceptions permettant de combler certains manques dans la formation par une expérience pratique complémentaire.

Les exigences de la 8ème directive de la CE ne valent que pour les sociétés obligées par le droit de la CE de faire examiner leur comptabilité annuelle par un réviseur. Selon l'article 51 de la 4ème directive, les Etats membres peuvent dispenser les petites entreprises de cette obligation (à ce sujet, voir ci-après 3.4.2 litt. h). Si le droit national impose un organe de contrôle également aux petites sociétés, les réviseurs ne sont pas soumis aux exigences de la 8ème directive.

La nouvelle ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés (RS 221.302) reprend déjà largement les exigences posées par la 8ème directive. Toutefois, ses conditions correspondent aux exigences *minimales* prévues par la CE.

L'adaptation à la 8ème directive impliquerait un abaissement des limites. En effet, selon l'article 727b CO, une société anonyme doit recourir à un réviseur particulièrement qualifié notamment lorsque deux des grands suivants sont dépassés: le total du bilan, le chiffre d'affaires et la moyenne annuelle des travailleurs. Par contre, selon le droit de la CE il suffit de dépasser une seule des trois grandeurs qu'il prévoit: le total du bilan de 3,5 millions de francs suisses environ; le montant net du chiffre d'affaires de 7 millions de francs suisses environ; la moyenne de 50 travailleurs. En outre, les dispositions légales sur l'indépendance de l'organe de contrôle et les qualités exigées des sociétés de contrôle devront être complétées. Il serait encore impératif de prévoir une procédure d'autorisation pour les réviseurs particulièrement qualifiés. A cet effet, il faudrait créer une autorité chargée de l'octroi de l'autorisation et de la surveillance; selon le droit de la CE, ces tâches peuvent être dévolues à une association professionnelle.

2.3.2 Problèmes liés au système actuel exempt de procédure d'autorisation

Le législateur de 1991 a renoncé volontairement à une procédure d'autorisation assortie d'une reconnaissance formelle des réviseurs particulièrement qualifiés. Il a, par contre, accordé aux actionnaires et aux créanciers le droit de demander au juge la révocation du réviseur qui ne remplit pas les conditions de sa fonction.

Ce système apparaît au premier abord comme une solution libérale; il pose toutefois des problèmes, car il ne garantit pas le respect des dispositions et constitue ainsi pour les intéressés une insécurité juridique.

L'octroi d'une autorisation exige une certaine expérience pratique, qui doit être acquise essentiellement dans le domaine de la comptabilité et de la vérification des comptes. Seule une autorité spéciale a la compétence de juger si ces conditions sont réalisées ou pas. Le système actuel, qui ne prévoit pas de procédure d'autorisation, engendre des doutes au sein de la pratique; celle-ci se demande en effet si les réviseurs remplissent effectivement les conditions fixées par l'ordonnance. Cette insécurité juridique est lourde, voire insupportable, pour les intéressés; en effet, ils peuvent encourir une responsabilité alors que les

conditions juridiques ne sont pas réalisées. Mais il appartient au juge seul de dire, sur la base d'une plainte, si les conditions juridiques sont remplies.

Ces problèmes ont été examinés dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes. La procédure de la plainte prévue par la loi n'assure pas l'observation des conditions relatives aux qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés et doit être remplacée rapidement par un système d'autorisation, ceci, indépendamment de la question de l'intégration à l'Europe.

Il faudra constituer une commission ou un office octroyant l'autorisation comme autorité de surveillance; les associations professionnelles concernées devront y être équitablement représentées. Cette tâche ne devra pas être confiée à un organe étatique ou à une association unique.

2.3.3 Conclusions

Le groupe de réflexion est d'avis qu'il faut reprendre dans notre droit les dispositions de la 8ème directive de la CE, pour autant que l'ordonnance actuelle ne prévoit pas déjà ces principes. En outre, pour assurer le respect des conditions relatives aux qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés, il convient d'adopter un système d'autorisation. Les principes de la réglementation doivent être fixés par la loi et la norme actuelle de délégation doit être complétée (art. 727b, al. 2, CO); les détails peuvent être réglés par une ordonnance (par exemple, en complétant l'ordonnance sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés, RS 221.302).

2.4 Publicité, pouvoir de représentation des organes et nullité de sociétés (1ère et 11ème directives de la CE)

2.4.1 Adaptation

La 1ère directive de la CE relative au droit des sociétés contient une série de prescriptions touchant trois domaines différents, qui sont:

- la publicité des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions et des sociétés à responsabilité limitée (contenu, genre et lieu de la publicité; registre du commerce/feuille officielle du commerce);
- le pouvoir d'agir de la société, avant qu'elle n'acquiert la capacité juridique, et le pouvoir de représentation des organes;
- la nullité de sociétés (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée).

En complément à la 1ère directive, la 11ème directive de la CE prévoit des dispositions sur la publicité des filiales.

Dans ces domaines, le droit suisse répond en grande partie aux exigences de la CE. Le transfert du droit de la CE ne nécessiterait une adaptation que sur quelques questions de détail.

Toutefois, un point fait l'objet d'une importante différence. Selon le droit de la CE, le bilan, le calcul des profits et pertes, l'annexe, le rapport annuel et le rapport de révision doivent être publiés. A ce sujet, la 1ère directive ne prévoit que le principe de la publicité. La signification exacte du terme "publié" est donnée dans les directives relatives à la comptabilité annuelle. La 4ème directive prévoit des facilités pour les petites entreprises. Elles sont dispensées de l'obligation de publier un bilan et une annexe dans leur intégralité; les profits et pertes, le rapport annuel et le rapport de révision ne doivent pas être publiés.

Il n'est pas contesté sur le fond que, par exemple, les travailleurs et d'éventuels partenaires à un contrat, c'est-à-dire de futurs créanciers, peuvent avoir un intérêt légitime à consulter à temps la comptabilité annuelle; un droit de consultation ultérieur des créanciers qui auront prouvé leur intérêt - tel qu'il est prévu par le droit suisse - n'interviendrait que trop tard. Une obligation générale de publier la comptabilité annuelle pourrait cependant être contestée par l'économie suisse.

2.4.2 Conclusions

Le groupe de réflexion est favorable à une adaptation du droit suisse aux 1ère et 11ème directives de la CE. La question de la publicité du bilan annuel sera étudiée lors de la modification du droit relatif à l'établissement des comptes, la publicité constituant un élément d'un système cohérent d'établissement des comptes (cf. ci-après 2.2).

2.5 Constitution, capital et maintien du capital (2ème directive de la CE)

2.5.1 Adaptation

La 2ème directive de la CE réglemente la constitution de la société, la libération, l'augmentation et la diminution du capital-actions ainsi que son maintien.

Le droit suisse des sociétés anonymes correspond dans les grandes lignes aux dispositions-cadres de la CE. Cependant, le code des obligations devrait être adapté sur une série de points d'importance différente. Aussi, manque-t-il dans le droit des sociétés anonymes l'exigence d'un rapport d'experts en cas d'apports en nature. Les décisions d'augmentation de capital devraient faire l'objet d'une décision différente pour chaque type de société ano-

nymes. L'acquisition des propres actions requiert en principe le consentement (limité dans le temps) de l'assemblée générale et devrait être limitée à 10%, même dans les cas d'acquisition des propres actions suite au refus de la société d'accepter un acquéreur d'actions liées comme actionnaire (cf. art. 665b, al. 1, CO); actuellement, dans ce dernier cas, l'acquisition est limitée à 20%. De plus, le pouvoir du conseil d'administration de décider une augmentation conditionnelle de son capital dans les deux ans n'est pas conforme au droit de la CE, qui prévoit cinq ans.

2.5.2. Conclusions

La révision du droit des sociétés anonymes a repris une grande partie des dispositions de la 2ème directive de la CE; il est toutefois regrettable que les dispositions-cadres de la CE n'aient pas été respectées d'une manière générale et de façon cohérente. Une adaptation au droit de la CE est en principe souhaitable en vue d'une harmonisation du droit des sociétés anonymes au niveau international.

2.6 Fusion et scission de sociétés (3ème et 6ème directives de la CE)

2.6.1 Adaptation

Alors que le droit de la CE consacre une directive entière à la question de la fusion, le droit suisse, lui, est plutôt succinct.

La doctrine et la pratique ont largement contribué à prouver qu'il existe un besoin de régler la fusion et la scission de sociétés indépendamment d'une adaptation au droit de la CE. En effet, la situation n'est pas claire dans les cas de fusion de sociétés de nature juridique différente et de fusion internationale d'entreprises n'est pas réglée par la loi.

La 6ème directive de la CE traite la scission de sociétés. Les Etats membres de la CE et l'EEE peuvent la transposer sans autre si leur droit national connaît le principe de la scission. Ainsi, même si la Suisse devait adhérer à l'EEE, elle ne serait pas obligée de transposer cette directive dans son droit. Le principe de la scission de sociétés pourrait toutefois offrir aux sujets de droit privé des possibilités de changements de structure intéressantes (cf. ci-après 6.2.2).

Les questions de la fusion et de la scission n'ont pas été traitées dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes. L'Office fédéral de la justice a chargé, en automne 1992, le prof. Frank Vischer de Bâle d'élaborer un projet de réglementation sur ces questions.

2.6.2 Conclusions

Le groupe de réflexion se déclare favorable à un projet de législation sur la fusion et la scission (cf. ci-après 6.). Cette législation devra reprendre les 3ème et 6ème directives de la CE.

2.7 Sociétés à un seul actionnaire

2.7.1 Adaptation

La 12ème directive de la CE prescrit que le droit national doit autoriser la société à un seul actionnaire sous la forme d'une société à responsabilité limitée (également lors de la constitution de la société). Le registre du commerce devra faire état qu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée et devra mentionner l'identité du propriétaire. Si le droit national autorise la société à un seul actionnaire sous la forme d'une société anonyme, les prescriptions relatives à la publicité devront également lui être appliquées.

La société anonyme à un seul actionnaire est largement répandue en Suisse et elle est tolérée par l'ordre juridique après la constitution de la société (cf. art. 625, al. 2, CO: théoriquement, le juge peut, sur plainte, dissoudre une société à un seul actionnaire, mais il ne le doit pas). En conséquence, les prescriptions de la 12ème directive de la CE devraient également s'appliquer à la société anonyme.

La procédure de constitution pourrait être simplifiée par l'autorisation de la constitution de sociétés à un seul actionnaire. Le fait de publier qu'il s'agit d'une telle société améliorerait la transparence. Le désavantage principal serait que la responsabilité en cas de prétentions en dommages-intérêts se limiterait à la responsabilité des fondateurs; ceci pourrait avoir une importance, quoique limitée, dans la pratique.

2.7.2 Conclusions

Le groupe de réflexion juge judiciaires d'autoriser la constitution d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée à un seul actionnaire (cf. ci-après 3.4.2, lit. j et 3.8). De cette manière, la loi ne ferait que régler ce qui se fait déjà dans la pratique. En même temps, la publicité prescrite par le droit de la CE devrait être exigée.

2.8 Institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)

Le GEIE constitue une forme de société relevant du droit international; elle est utilisée par des entreprises qui collaborent au niveau international. Elle fait l'objet d'un règlement de la

CEE, qui, étant directement applicable, ne nécessite pas de transfert dans le droit national; mais il ne peut pour autant être repris par la Suisse en-dehors d'un accord d'intégration. Les entreprises suisses, qui, quels que soient les motifs, ont un intérêt à cette forme de société peuvent cependant participer à un GEIE par l'intermédiaire de filiales constituées dans les Etats de la CE.

Si la Suisse reprenait ce règlement dans le cadre d'un accord d'intégration, il faudrait examiner si l'article 59, alinéa 2, CC doit être complété et si le code des obligations doit mentionner cette forme de société (numerus clausus des formes de sociétés).

2.9 Propositions relatives à d'autres directives et règlements de la CE dans le domaine du droit des sociétés

2.9.1 Aperçu

La proposition d'édicter un règlement sur la forme juridique d'une société anonyme européenne (Societas Europaea, SE) est discutée actuellement au Conseil des ministres. Il ne s'agirait pas de prescriptions émanant du droit national des sociétés anonymes, mais d'une forme de société de droit international, qui devrait permettre la constitution d'une holding ou d'une filiale internationale et la réalisation d'une fusion transfrontalière. En raison d'opinions divergentes, notamment sur la question du droit de cession des travailleurs dans la SE, la proposition de réglementation est bloquée depuis longtemps. Comme il s'agirait d'une nouvelle forme juridique du droit international, les formes actuelles de sociétés ne seraient pas touchées par l'éventuelle adoption de ce règlement.

Les récentes propositions concernant la constitution d'une association européenne, d'une coopérative européenne et d'une société de mutualité sont examinées actuellement au Parlement européen. L'avenir de ces propositions dépend en partie de celui de la société anonyme européenne (SE). Elles seront encore modifiées; c'est la proposition relative à la coopérative européenne qui a le plus de chances d'aboutir. Dans la mesure où les propositions visent des formes juridiques relevant du droit international, le droit national n'est pas touché.

Le projet d'une 5ème directive de la CE a trait à la réglementation de la structure de la SA (notamment ses organes); il contient aussi des prescriptions sur la cession des travailleurs. C'est la raison pour laquelle ce projet est bloqué depuis relativement longtemps au Conseil des ministres. La question de diviser la directive en plusieurs parties reste ouverte.

La 9ème directive de la CE aurait dû organiser un droit des groupes de sociétés. Un projet a été élaboré, mais la commission n'a jamais présenté de proposition officielle. Le projet de réglementation n'est pour l'instant pas poursuivi (cf. ci-après 7.).

Le projet d'une 10ème directive règle la fusion internationale. En raison de sa connexité avec les questions de la cession des travailleurs (5ème directive) et de la société anonyme européenne (SE), il est également bloqué. Si la création d'une société anonyme européenne devait constituer un moyen de parvenir à la fusion internationale, le projet de la 10ème directive pourrait devenir caduc.

Le projet d'une 13ème directive de la CEE prévoit la réglementation de l'offre publique de rachat. Ce projet, pour diverses raisons (notamment pour la question essentielle de l'"obligation d'offre"), est également bloqué au Conseil des ministres. Il est possible que soit élaborée une version réduite.

2.9.2 Conclusions

Dans la mesure où tous les projets de directives ou de règlements de la commission de la CE sont bloqués, il n'y a pas lieu de les examiner plus avant. On ne sait pas pour l'instant quand et sous quelle forme ils seront adoptés. C'est pourquoi il apparaît justifié de procéder à une adaptation progressive du droit suisse aux directives de la CE actuellement en vigueur.

2.10 Conséquences

La connaissance approfondie des directives de la CE et l'expérience des pays voisins en matière de transposition dans leurs lois sont d'une grande importance pour chaque projet de révision touchant au domaine du droit des sociétés; c'est pourquoi les travaux de droit comparatif entrepris par l'Office fédéral de la justice doivent être poursuivis.

Pour des raisons pratiques, économiques et juridiques, le groupe de réflexion est d'avis qu'une harmonisation du droit suisse des sociétés et des dispositions-cadres de la CE doit être indépendante de la question de l'intégration politique. Une adaptation doit être envisagée dans les domaines suivants:

- Un nouveau droit sur l'établissement des comptes doit être élaboré; il doit prévoir une réglementation indépendante de la forme juridique choisie. Les petites, moyennes et grandes sociétés doivent faire l'objet de solutions différentes. Les exigences pour les petites sociétés ne peuvent toutefois pas être diminuées par rapport au droit actuel. Le problème de la publicité doit être examiné dans ce cadre. Le nouveau droit doit encore correspondre aux directives de la CE. Il faut aussi examiner les possibilités de réglementer cette matière au niveau d'une ordonnance ou d'une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité.

- Afin d'assurer les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés on doit mettre sur pied rapidement un système d'autorisation. Il faut prévoir comme autorité de surveillance une commission ou l'organe chargé de délivrer les

autorisations, les associations professionnelles dont l'activité couvre toute la Suisse devront y être équitablement représentées. La réglementation suisse devra être modifiée et complétée (prescriptions sur l'indépendance et le sociétés de révision) dans la mesure où elle ne correspond pas déjà à la 8ème directive de la CE. Les travaux devront être menés de concert avec l'examen du droit relatif à l'établissement des comptes.

- Une *réglementation sur la fusion et l'adoption de la possibilité de scission de sociétés* sont jugées favorablement; c'est pourquoi les 3ème et 6ème directives de la CE doivent être prises en considération (cf. ci-après 6.).

- La constitution de sociétés à un seul actionnaire en la forme d'une SA ou d'une société à responsabilité limitée doit être autorisée; ce faisant, il faudrait tenir compte des dispositions sur la publicité prévues par la 12ème directive de la CE. Une telle adaptation du droit suisse peut se faire dans le cadre d'une révision concernant les petites et moyennes entreprises (cf. ci-après 3).

Les futures révisions opérées dans le domaine du droit des sociétés doivent déjà tenir compte du droit de la CE; en effet, si la Suisse devait adhérer à l'EEE ou à la CE, les délais d'adaptation seraient courts.

Enfin, le groupe de réflexion est d'avis que les futures révisions, pour autant qu'il n'y ait pas des motifs importants qui s'y opposent, doivent en principe prendre en considération les dispositions-cadres des directives de la CE et, dans la mesure du possible, édicter des *réglementations eurocompatibles*. L'idée d'une législation "indépendante" en droit des sociétés, qui ne serait pas en accord avec le droit de nos voisins et les exigences de la CE, doit être rejetée. Le groupe de réflexion, à l'unanimité, pense que revenir en arrière, notamment dans le droit sur l'établissement des comptes, est impensable, en particulier pour les petites entreprises.

3. Formes juridiques et dispositions spéciales pour petites et moyennes entreprises

3.1 Interventions parlementaires

3.1.1 Formes différenciées de sociétés anonymes et introduction de dispositions spéciales

L'élaboration de formes différentes de SA ou, du moins, l'adoption de dispositions spéciales a déjà été demandée dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes récemment entrée en vigueur. Il s'agissait ainsi de mieux tenir compte des divers types de sociétés existantes.

Postulat Baumberger du 2 octobre 1975
Révision du droit de la société anonyme

Le droit des sociétés anonymes actuellement en vigueur a été révisé pour la dernière fois en 1936: une seule forme de société anonyme y est prévue. Pourtant, de nombreux types de sociétés anonymes se sont développés dans la pratique; d'importantes différences de structure existent entre nombre de ces types, notamment entre grandes et petites sociétés ou entre les sociétés où les actions sont largement réparties et celles où elles sont réunies dans les mains d'un petit nombre de propriétaires. Une révision profonde de notre droit des sociétés anonymes s'impose du fait que les réalités auxquelles il faut faire face dans la vie juridique sont loin de correspondre au régime légal et qu'il est indispensable d'adapter celui-ci à l'évolution.

A cette occasion, il faudrait surtout examiner si des formes différentes de sociétés anonymes doivent être créées selon la grandeur des sociétés ou selon le régime de répartition des actions ou s'il est préférable d'améliorer la situation par des dispositions spéciales. Il serait également nécessaire de déterminer si la position des différents organes de la société anonyme et les relations existant entre eux sont encore adaptées aux conditions présentes.

Le Conseil fédéral est prié de préparer une adaptation du droit des sociétés anonymes compte tenu de ces considérations.

Cette question n'a pu être traitée dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur. Ce postulat reste donc encore en suspens (cf. message concernant la révision du droit des sociétés anonymes, tiré à part, p. 43).

3.1.2 Création d'une forme de société spécifique pour les petites et moyennes entreprises

A la suite de la révision du droit des sociétés anonymes, deux interventions parlementaires ont requis l'adoption d'une forme juridique nouvelle, spécialement adaptée aux besoins des petites et moyennes entreprises:

Postulat de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 15 avril 1992

Nouvelle forme de société pour petites et moyennes entreprises

Le Conseil fédéral est invité à examiner la création d'une nouvelle forme de société pour petites et moyennes entreprises, tout au moins en relation avec l'adaptation du droit des sociétés au droit des Communautés Européennes et de présenter un rapport y relatif au Parlement.

Le postulat de la Commission des affaires juridiques a été adopté par le Conseil des Etats le 10 décembre 1992.

Motion Früh du 10 décembre 1992

Nouvelle forme de société pour petites et moyennes entreprises

Le Conseil fédéral est chargé de soumettre aux Chambres un projet de modification du code des obligations visant à créer une forme de société qui soit adaptée aux spécificités et aux structures des petites et moyennes entreprises. Cette forme de société devrait présenter les caractéristiques suivantes:

- même souplesse dans le transfert des parts que pour la SA;
- possibilité de transmission simplifiée de la succession de l'entrepreneur;
- prescriptions minimales en ce qui concerne la comptabilité et la révision;
- renforcement de la structure de l'entreprise plutôt que de la protection de l'actionnaire prévue par la SA;
- meilleure séparation entre les conditions relatives au capital et celles qui concernent la gestion (plus nette que dans la S.à.r.l.);
- transformation facilitée en une SA en cas d'agrandissement de l'entreprise;
- procédure simplifiée, fixée dans les dispositions transitoires, en cas de transformation d'une SA en une petite entreprise, procédure non imposée excepté les frais d'inscription.

A la rédaction de ce rapport, la motion du Conseiller national Früh n'avait pas encore été traitée par les Chambres.

3.1.3 Etat des questions ouvertes

Afin d'adapter le droit des sociétés aux besoins des petites et moyennes entreprises, les trois interventions parlementaires demandent la création de formes juridiques spécifiques ou une différenciation accrue des normes du droit des sociétés anonymes. Une autre motion requiert la révision du droit de la S.à.r.l. (cf. ci-après 3.5.1). Destinée à servir d'alternative à la SA pour les petites et moyennes entreprises, cette forme de société ne s'est jamais imposée en pratique.

Le Groupe de réflexion a été chargé d'évaluer les besoins de légiférer en la matière, ainsi que, le cas échéant, de déterminer de quelle manière le droit des sociétés pourrait mieux tenir compte des spécificités des petites et moyennes entreprises.

A cet égard, une réponse devait être donnée notamment aux questions suivantes:

- Une nouvelle forme juridique doit-elle être créée pour les petites et moyennes entreprises? (cf. ci-après 3.2)
- Faut-il scinder le droit des sociétés anonymes en deux parties formellement distinctes? Des normes différenciées doivent-elles au contraire instituer un traitement matériel spécifique, selon les particularités des différents types de sociétés (petites / grandes sociétés), sans toutefois sortir du cadre formel d'un droit des sociétés anonymes unique? (cf. ci-après 3.3)
- En droit des sociétés anonymes, quelles dispositions spéciales serait-il possible et souhaitable d'adopter en faveur des petites et moyennes entreprises? (cf. ci-après 3.4)
- La forme juridique de la S.à.r.l. peut-elle être révisée, de façon à constituer, pour les petites et moyennes entreprises, une véritable alternative à la SA? (cf. ci-après 3.5)
- La forme juridique de la société en commandite par actions peut-elle être réaménagée, de manière à représenter, pour les petites et moyennes entreprises, une alternative valable à la SA? (cf. ci-après 3.6)
- Dans le cadre de la société en commandite, les personnes morales doivent-elles être autorisées à être des associés indéfiniment responsables, de façon à permettre la constitution de sociétés de personnes à responsabilité limitée (à l'instar de la GmbH & Co. KG de droit allemand)? (cf. ci-après 3.7)
- Parmi les différentes alternatives envisagées, quelle serait la solution la plus appropriée pour répondre aux besoins des petites et moyennes entreprises? (cf. ci-après 3.8)

3.2 Forme juridique spécifique pour les petites et moyennes entreprises

La demande de la création de formes de sociétés adaptées aux besoins spécifiques des petites et moyennes entreprises est en soi justifiée. La révision récemment entrée en vigueur du droit des sociétés anonymes s'est elle aussi distancée du modèle unifié de la SA. Certaines normes ont ainsi été conçues en tenant compte des caractéristiques des grandes sociétés (cf. ci-après 3.3.1 et 3.4.1). Il se justifie donc de rechercher la mesure dans laquelle des solutions particulières pourraient être trouvées pour les petites sociétés. D'un point de vue de technique législative, il convient par ailleurs d'examiner la meilleure façon d'insérer ces normes dans le droit des sociétés.

Le droit actuel met déjà à disposition des petites et moyennes entreprises les formes suivantes: société simple, société en nom collectif, société en commandite, société en commandite par actions, S.à.r.l., société coopérative.

En pratique, la SA s'est de plus avérée une forme juridique appropriée pour les petites et moyennes entreprises. Cela ressort notamment du fait qu'il y a en Suisse plus de 170'000 SA de ce genre. La flexibilité de cette forme de société demeure la même après la révision du droit des sociétés anonymes. Les petites entreprises peuvent encore utiliser avantageusement la forme de la SA, en combinant une organisation statutaire adéquate à des syndicats d'actionnaires. Lorsque cela se justifiait, le nouveau droit a créé des exceptions au principe de l'unité matérielle. Toute une série de normes prévoient ainsi des conditions et des effets juridiques différenciés en fonction de la grandeur de la société (cf. ci-après 3.3.1). La critique selon laquelle le droit révisé des sociétés anonymes ne serait plus adapté aux petites entreprises ne résiste ainsi pas à l'analyse. Il reste à savoir comment ces nouvelles normes, entrées en vigueur le 1er juillet 1992, s'appliqueront en pratique.

Une nouvelle forme de société devrait respecter les principes fondamentaux du droit des sociétés. Il faudrait ainsi veiller à maintenir un juste équilibre entre divers intérêts partiellement opposés. Des normes protégeant les minorités et les créanciers devraient être adoptées. De ce fait, le législateur verrait sa latitude d'action limitée dans la création d'un nouveau type de société. Le Groupe de réflexion ne voit pas la possibilité de créer en droit des sociétés une forme encore inexistante qui représenterait une véritable alternative, vraiment satisfaisante et capable de s'imposer en pratique. L'introduction en droit des sociétés d'une forme supplémentaire peu viable et destinée de ce fait à ne pas être utilisée par les entreprises n'aurait aucun sens (cf. les cas de la S.à.r.l. ou de la société en commandite par actions).

L'existence d'une nouvelle forme de société inconnue des Etats voisins aurait en outre à long terme des effets néfastes sur l'économie suisse. Les relations internationales seraient en effet rendues plus complexes en raison du caractère inconnu de ce type de société. Il est dans l'intérêt de la sécurité du droit et des affaires de ne pas étendre davantage les catégories existantes en la matière. La création d'une nouvelle forme juridique ne se justifierait dès lors qu'en cas de réel besoin, une fois la preuve faite qu'aucune forme de société existante ne pourrait permettre d'atteindre les objectifs poursuivis.

Plus simple et plus efficace que la création d'une nouvelle forme, la révision des types actuels de société devrait apporter une réponse satisfaisante aux interventions parlementaires:

- En Suisse, la S.à.r.l. n'a pu s'imposer en pratique. On note toutefois une augmentation de fondations de telles sociétés depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des sociétés anonymes. Des conclusions définitives à cet égard seraient cependant prématurées. Les normes concernant cette forme de société pourraient être révisées sur certains points (cf. ci-après 3.5).
- La clarification des règles sur la société en commandite par actions la rendrait plus attractive. Bien qu'elle ne soit pas répandue, cette forme représente pour les petites sociétés une véritable alternative à la SA (cf. ci-après 3.6).
- Dans le cadre de la société en commandite, l'admission des personnes morales comme associés indéfiniment responsables permettrait de créer une société de personnes à responsabilité limitée (cf. ci-après 3.7).
- Il serait également possible de faciliter la transformation de la forme juridique d'une entreprise. Outre des modifications sur le plan du droit privé, cela supposerait la révision des normes fiscales applicables en la matière (cf. ci-après 6).

La création d'une nouvelle forme de société n'est pas la voie appropriée pour atteindre les objectifs poursuivis par les interventions parlementaires. Pour les raisons exposées, le Groupe de réflexion écarte une telle solution.

3.3 Séparation du droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes

3.3.1 La SA comme forme juridique pour les petites et les grandes entreprises; problématique et ébauche de solution dans le droit révisé des sociétés anonymes

La séparation du droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes a déjà été demandée à plusieurs reprises, que ce soit dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur ou après. Le but serait de créer des normes différentes, selon la grandeur de la société (cf. ci-après 3.1.1).

Des réalités aussi diverses que les grands groupes de sociétés, les entreprises familiales ou les sociétés unipersonnelles ne peuvent à l'évidence être soumises à une réglementation uniforme sur tous les points. La révision récemment entrée en vigueur, pourant partie du principe de l'unité du droit des sociétés anonymes, y a dérogé implicitement sur des questions importantes. Il existe dans différents domaines des dispositions spéciales, exprimées

ment prévues pour un certain type de SA ou ne pouvant en fait s'appliquer qu'à des SA déterminées. De telles normes existent en matière de prospectus d'émission, de consolidation des comptes, de restriction à la transmissibilité des actions, de représentation des voix à l'assemblée générale, de publication, de révision, ainsi que de rachat des actions par la société dans le cadre de l'article 736, chiffre 4 CO (cf. à ce sujet Peter Böckli, Das neue Aktienrecht, Zurich 1992, n. 11 ss). Le législateur a donc abandonné le principe de l'unité matérielle du droit des sociétés anonymes (ce qui pourrait être considéré comme l'un des mérites de la révision).

Une nouvelle révision du droit des sociétés anonymes, dans le sens de l'adoption de normes spéciales pour les petites et moyennes entreprises ou dans celui de l'adaptation au droit européen, pose la question de systématique législative suivante: faut-il séparer formellement le droit des sociétés anonymes en deux parties distinctes ou est-il préférable de prévoir une différenciation matérielle, limitée à des domaines déterminés?

Comme on l'a vu, le législateur a, dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur, opté pour la deuxième solution, bien que le principe initial ait été l'unité du droit des sociétés anonymes.

3.3.2 Séparation formelle du droit des sociétés anonymes

Une séparation formelle du droit des sociétés anonymes permettrait de créer une forme de société spécifique pour les sociétés anonymes de moindre taille (cf. ci-après 3.1). A la réflexion, il ne serait toutefois guère possible d'adopter de nombreuses règles spéciales dans le cadre de la forme nouvelle que serait la petite SA (cf. ci-après 3.4).

En outre, une telle solution présenterait divers inconvénients:

- Il serait difficile de fixer des critères de délimitation généraux permettant de distinguer entre les petites et grandes sociétés (les valeurs de référence suivantes pourraient être utilisées, éventuellement de façon combinée: somme du bilan et chiffre d'affaires net / capital-actions ou fonds propres / nombre d'employés / nombre d'actionnaires / cotation en bourse).
- Le texte légal contiendrait nécessairement des répétitions, à moins de procéder par renvois, ce qui réduirait toutefois la lisibilité.
- La loi devrait régler la transformation d'une petite SA en une grande (et réciproquement), ainsi que le cas de la société dépassant ou n'atteignant pas les valeurs limites pour entrer dans la catégorie de SA envisagée (application de la forme juridique correspondant à la grandeur réelle de la société, adaptation des statuts, inscription de la forme spécifique de société au registre du commerce, délais d'adaptation).

- A l'intérieur de ces deux formes distinctes (petite / grande SA), il faudrait, pour des raisons de clarté et de sécurité juridiques, éviter de créer des normes spéciales supplémentaires fondées sur de nouveaux critères de différenciation. Une séparation formelle conduirait en définitive à une réglementation légale plus rigide que le maintien d'un droit des sociétés anonymes formellement unique, avec des dispositions différentes dans certains domaines déterminés (différenciation matérielle).

- Du point de vue du droit comparé, la séparation formelle du droit des sociétés anonymes n'est pas souhaitable. Le droit de la CE ne prévoit en principe pas de telle division, bien qu'il contienne des normes largement différenciées en matière d'établissement des comptes (exigences différentes pour les petites, moyennes et grandes sociétés; cf. ci-avant 2.2).

3.3.3 Différenciation matérielle dans le cadre d'un droit des sociétés anonymes formellement unique

Contrairement à la séparation formelle, la différenciation matérielle permet d'utiliser les critères de délimitation appropriés à des questions spécifiques. Selon le problème en cause, on peut ainsi se fonder sur le chiffre d'affaires, le caractère public ou privé de la société ou, encore, sur ces deux critères. Le problème de la transformation de la forme de société, suite à des variations du chiffre d'affaires, ne se pose en outre plus. En ce qui concerne les prescriptions en matière d'établissement des comptes, des règles différenciées pourraient être élaborées à l'occasion d'une révision dans ce domaine (où l'élaboration d'une loi ou d'une ordonnance distincte est envisagée; cf. ci-avant 2.2).

3.3.4 Conclusions

Au vu de ce qui précède, le Groupe de réflexion considère que les futures modifications en droit des sociétés anonymes devront s'inscrire dans le cadre d'un droit formellement unique, avec le cas échéant des normes différenciées pour certaines questions. On suivrait ainsi la voie tracée par le législateur lors de la révision récemment entrée en vigueur. Une séparation formelle du droit des sociétés anonymes serait problématique à différents égards. Pour des raisons de clarté, seules les questions qui l'exigent vraiment devraient être réglées de façon différenciée. En outre, il faudrait veiller à garder une certaine cohérence entre les normes spéciales.

3.4 Dispositions spéciales en droit des sociétés anonymes

3.4.1 Différenciation dans le droit révisé des sociétés anonymes; situation initiale

Comme on l'a vu, le législateur a, contrairement à ses intentions initiales, abandonné l'unité matérielle du droit des sociétés anonymes et créé des règles spéciales pour les petites ou les grandes sociétés dans toute une série de questions importantes (cf. ci-avant 3.3.1).

La loi a abandonné le modèle d'une société indifférenciée. Certaines dispositions du nouveau droit ont été créées plutôt pour les grandes sociétés, alors que d'autres visent plus spécifiquement les caractéristiques des petites entreprises. En définitive, le droit révisé des sociétés anonymes réalise une différenciation matérielle dans le cadre d'une réglementation formelle unique.

La question se pose de savoir si le droit des sociétés anonymes pourrait être mieux adapté aux besoins spécifiques des petites et moyennes entreprises. A cet égard, il faudrait déterminer les possibilités de créer de nouvelles normes différenciées (règles spéciales formelles). L'adoption de normes s'appliquant de façon générale à toutes les sociétés mais d'une importance particulière pour les petites et moyennes entreprises serait toutefois aussi envisageable (règles spéciales matérielles). Des dispositions applicables à toutes les sociétés pourraient ainsi régler les domaines suivants: droit de préemption, syndicats d'actionnaires, représentation au conseil d'administration. Comme le demandent les interventions parlementaires, les questions à examiner devront l'être en particulier sous l'angle des petites et moyennes entreprises.

3.4.2 Questions pouvant faire l'objet de dispositions spéciales pour les petites et moyennes entreprises

a. Droits de préemption statutaires

Selon l'article 685b, alinéa 7, CO, les statuts ne peuvent restreindre la transmissibilité des actions au-delà des limites fixées par la loi.

L'admissibilité des droits de préemption statutaires sous le nouveau droit est controversée. Le texte légal pour le moins incite à se prononcer contre une telle solution. Comme le montre Peter Böckli (Aktionärsbindungsverträge, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter dem neuen Aktienrecht, RJB 129 (1993), p. 475 ss), les droits de préemption statutaires créés sous l'ancien droit tiraient leur validité d'une construction avec la clause d'agrément ("Vinkulierung"), laquelle permettait également de faire respecter ces droits en pratique (le conseil d'administration pouvait en effet se fonder sur cette clause pour refuser les transferts d'actions qui leur étaient contraires). L'article 685b, alinéa 7, CO interdit désormais une telle solution. Si certains admettent la validité de principe des droits de préemption statutaires sous le nouveau droit, il est en revanche contesté que

les droits de ce genre, en pratique fréquents, qui prévoient un prix de reprise inférieur à la valeur réelle ne sont plus admissibles. De l'avis du Groupe de réflexion, les droits statutaires en tant que tels contreviennent à l'interdiction de restreindre la transmissibilité des actions au-delà des limites fixées par la loi. Ces droits limitent tout d'abord à l'excès la liberté de contracter de l'actionnaire qui désire vendre ses actions, en le contraignant à accepter un partenaire contractuel non choisi, qui pourra le cas échéant ne pas être disposé à payer ou qui excipera de la compensation. Le respect de tels droits nécessite ensuite des formalités supplémentaires lors des opérations de vente, et peut être à l'origine de pertes financières liées à d'éventuelles dissociations de paquets d'actions. Ces droits feraient enfin double emploi avec la clause d'agrément légale ("escape clause") prévue par l'article 685b, alinéa 1, CO (cf. Peter Böckli, RJB; l'opinion contraire de Christian J. Meier-Schatz, dans RSDA 1992, p. 224 ss, ne parvient pas à convaincre).

A plusieurs reprises, la réintroduction des droits de préemption statutaires, au moins pour les petites et moyennes entreprises, a été demandée dans l'hypothèse où le nouveau droit les aurait exclus.

A l'issue de vives controverses politiques d'une durée de huit ans, le législateur a complètement révisé la réglementation relative à la clause d'agrément et limité de façon importante les motifs de refus d'un nouvel acquéreur. Il appartient à la pratique d'assimiler les nouvelles règles et de procéder aux adaptations statutaires qui s'imposent.

Cette nouvelle réglementation présente notamment la caractéristique d'interdire de larges restrictions à la transmissibilité des actions. Comme on l'a vu, les droits de préemption statutaires, pourtant largement répandus, ne sont plus admis par le nouveau droit (sous réserve d'un délai transitoire de cinq ans; cf. art. 2, al. 1, Disp. fin. CO). L'article 685b, alinéa 1, CO, qui prévoit le droit pour la société de proposer la reprise des actions ("escape clause"), offre toutefois une solution de remplacement.

Selon cette disposition, le conseil d'administration peut refuser son approbation en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête.

Cette faculté ne correspond pas à un véritable droit de préemption. La société ne peut que proposer le rachat des actions: l'aliénateur reste libre de garder ses actions ou de chercher un autre acquéreur. En pratique, cette différence avec les droits de préemption statutaires ne devrait pas susciter de difficultés particulières. Dans la majorité des cas, l'actionnaire désireux de vendre ses actions acceptera la proposition de la société (le cas échéant, il contestera toutefois l'estimation de la valeur réelle faite par cette dernière, conformément à l'art. 685b, al. 5, CO).

Sous l'ancien droit, il existait des droits de préemption statutaires particuliers, dans la mesure où ils pouvaient être exercés dès le moment où l'actionnaire avait décidé de vendre ses actions, sans même avoir un acquéreur déterminé en vue ("statutarische Vorhand-

rechte"). Ces droits également ne sont plus conformes aux dispositions du droit révisé des sociétés anonymes. L'"escape clause" devrait toutefois largement les remplacer en pratique.

De façon générale, le droit de refuser un transfert et de proposer la reprise des actions devrait, dans une large mesure, exercer les mêmes fonctions que les droits de préemption statutaires. Ce droit n'est toutefois pas inconditionnel. Tout d'abord, il n'existe que si les actions sont liées. Ensuite, le conseil d'administration est soumis à l'interdiction de l'arbitraire, ainsi qu'au respect du principe d'égalité (relative) de traitement (cf. Böckli, RJB). Ceci ne devrait cependant pas nuire à l'efficacité de cette innovation. Dans le cadre des limites susmentionnées, les statuts peuvent librement en régler l'utilisation et prévoir une répartition égale, entre les actionnaires, des actions acquises.

Les droits de préemption conventionnels parfois prévus par les syndicats d'actionnaires peuvent en outre pallier les manques du nouveau mécanisme légal de la reprise des actions. Il n'est dès lors pas nécessaire d'admettre de nouveau les droits de préemption statutaires, y compris dans le cas des petites et moyennes entreprises. Du reste, une telle solution conduirait à obscurcir la réglementation en la matière, par la juxtaposition de droits légaux, statutaires et conventionnels qu'elle impliquerait.

Le Groupe de réflexion estime dès lors qu'une réglementation légale des droits de préemption statutaires est inutile.

b. Les syndicats d'actionnaires

Les syndicats d'actionnaires sont largement répandus en pratique et leur validité est incontestée (cf. art. 663c, al. 2, CO). Ils correspondent en général à des sociétés simples. Aux termes de l'article 546, CO, lorsqu'une société a été formée pour une durée indéterminée ou pour la vie de l'un des associés, chacune des parties peut en provoquer la dissolution, moyennant un avertissement donné six mois à l'avance. Le Tribunal fédéral a toutefois considéré que ce droit de dénonciation est de droit dispositif (ATF 106 II 226). En revanche, le droit de l'associé de demander la dissolution pour de justes motifs (art. 545, al. 2, CO) est de nature impérative. La protection de la personnalité (art. 27 CC) impose en outre certaines limites au contenu de telles conventions.

A différentes reprises, il a été regretté que le législateur n'ait pas réglé les syndicats d'actionnaires dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur. A cet égard, on a fait référence à la question de la durée maximale admissible de ces conventions et proposé de reconnaître dans la loi la validité des conventions conclues pour toute la durée de la société (sous réserve d'une dénonciation pour justes motifs).

Il faut toutefois souligner que les Chambres, après avoir examiné plusieurs fois la question, ont délibérément renoncé à toute réglementation dans ce domaine.

Le législateur n'a pas voulu admettre expressément les syndicats d'actionnaires conclus pour toute la durée d'une société, au motif qu'ils constitueraient des "contrats éternels" (Bull. off. du CN 1985, p. 1763 ss). Quant à la durée maximale admissible de telles conventions, elle ne pourrait être déterminée de façon abstraite, mais seulement sur la base de leur contenu ainsi que d'autres circonstances concrètes.

En réalité, plusieurs considérations s'opposent à une réglementation légale des syndicats d'actionnaires:

- Le contenu de telles conventions est extraordinairement varié. Il est dès lors difficile de déterminer de façon générale la durée maximale admissible en la matière:

Dans le cas où ces conventions se limitent à prévoir des droits de préemption sur une très grande période, leur durée ne pose pas problème. Il n'en va pas de même pour les syndicats d'actionnaires prévoyant de nombreuses obligations contractuelles annexes (par ex. devoir d'effectuer une certaine tâche, de s'abstenir de faire quelque chose, de transmettre des biens meubles ou immeubles).

Les effets des conventions de vote (partie intégrante des syndicats d'actionnaires) sur le droit de vote des actionnaires à l'assemblée générale sont également différents. Certains accords prévoient que les parties exerceront leurs droits de vote d'un commun accord, conformément aux décisions prises au sein de leur groupement avant les assemblées générales de la société. D'autres conventions stipulent à l'inverse l'engagement inconditionnel de soutenir les propositions du conseil d'administration ou de certains actionnaires. L'exercice du droit de vote en cas d'élection au conseil d'administration peut aussi être réglé par de tels contrats. L'importance des conventions de vote dépend en définitive des montants investis par les différents actionnaires qui y sont parties.

Les syndicats d'actionnaires (incluant les conventions de vote) conclus pour toute la durée de la société ne seront pas toujours conformes à l'article 27 CC. Aussi, la possibilité d'un contrôle judiciaire à ce sujet est-elle bienvenue.

- Le législateur n'a en particulier pas voulu créer de règles spécifiques pour les syndicats d'actionnaires. Les dispositions générales leur sont donc applicables. Le peu de sécurité juridique qui en résulte est la contrepartie de la grande flexibilité qu'offre la liberté contractuelle en la matière.

- Il serait difficile d'élaborer une réglementation légale simple des syndicats d'actionnaires. Vu le caractère très diversifié des obligations qu'elles prévoient, ces conventions ne se laissent en effet pas ranger sous un type de contrat déterminé. Même dans le cadre plus limité des simples conventions de vote, plusieurs variantes sont possibles. La loi devrait tenir compte de cette multiplicité.

La détermination légale de la durée maximale admissible des syndicats d'actionnaires impliquerait une réglementation différenciée et complexe. Le législateur serait en effet amené à distinguer selon le contenu respectif des différentes conventions, ainsi que sur la base d'autres circonstances. Contrairement aux effets généraux de dérégulation, la liberté contractuelle en serait amoindrie. Dès lors, il ne faudrait adopter de nouvelles règles qu'en cas de nécessité absolue.

L'introduction dans le droit des sociétés anonymes de dispositions sur les syndicats d'actionnaires pourrait laisser croire que de telles conventions n'obligent pas seulement les actionnaires qui y sont parties mais également la société elle-même. Cela n'est toutefois pas le cas. Conformément à leur nature contractuelle, ces conventions ne déploient d'effets obligatoires qu'entre les parties. Le vote à l'assemblée générale effectué d'une façon contraire à un accord de ce genre n'est pas nul, mais donne seulement lieu à des dommages-intérêts contractuels. Prévoir une solution différente reviendrait à attribuer à ces conventions un effet direct sur la société elle-même, ce qui créerait une exception injustifiée en droit des contrats. Par ailleurs, un tel effet entraînerait le bon déroulement des assemblées générales en laissant subsister des incertitudes sur la validité des décisions prises. Il ne faut dès lors pas accorder d'effet spécial aux syndicats d'actionnaires. Les peines contractuelles, le droit de représenter les actionnaires à l'assemblée générale conformément à la convention de vote, ainsi que le dépôt des actions prévu par la convention de blocage suffisent à garantir leur respect.

Il faudrait par ailleurs déterminer la nature, impérative ou dispositive, d'une réglementation légale en la matière. Si ces dispositions étaient de droit impératif, la question de leur effet, immédiat ou limité aux seules conventions futures, se poserait de surcroît. Quant aux conséquences d'une telle réglementation, son caractère impératif réduirait la liberté contractuelle des parties, alors que des règles dispositives provoqueraient une juxtaposition de conventions, les unes réglées par la loi, les autres non.

Les Etats voisins ne connaissent pas de réglementation des syndicats d'actionnaires. En adoptant de telles règles, la Suisse ferait une fois de plus preuve de particularisme.

Les effets d'une réglementation en la matière, qu'ils soient positifs (accroissement de la sécurité juridique) ou négatifs (limitation de la liberté contractuelle), ne pourraient s'apprécier que sur la base d'un projet formulé de façon concrète. En tous les cas, l'urgence de telles normes ne se fait pas ressentir, vu la validité manifeste des syndicats d'actionnaires dans le cadre de la liberté contractuelle, eu égard aussi à la renonciation expresse du législateur à adopter des dispositions à ce sujet dans le cadre de la récente révision. Pour être justifiées, des règles en la matière devraient être relativement simples et ne pas violer les principes généraux du droit des obligations.

Bien que le droit en vigueur laisse subsister en pratique des incertitudes (notamment sur la durée admissible des syndicats d'actionnaires), le Groupe de réflexion est en majorité d'avis qu'une réglementation légale de ces conventions ne s'impose pas, à l'avenir également.

c. Suppléments et représentants au conseil d'administration

La loi ne prévoit pas la représentation des membres du conseil d'administration. Il devrait s'agir là d'un silence qualifié. En revanche, les décisions peuvent être prises par correspondance, à savoir sous la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition, à moins qu'une discussion ne soit requise par l'un des membres du conseil d'administration (art. 713, al. 2, CO).

La fonction de membre du conseil d'administration est strictement personnelle. L'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration selon leurs qualités et compétences spécifiques. Ceux-ci sont responsables d'une exécution diligente des devoirs qui leur sont confiés par la loi et les statuts. En tant qu'organe collectif, le conseil d'administration prend des décisions après délibération. Dans ce cadre, chaque membre a la possibilité de s'exprimer. Il va de soi que le conseil d'administration devrait fonctionner dans la composition voulue par l'assemblée générale. C'est la raison pour laquelle toute représentation pose une question de principe. Ainsi, il n'est pas certain que des membres du conseil d'administration puissent se faire représenter par leur avocat lors de séances importantes. Par ailleurs, la représentation soulève de délicats problèmes de responsabilité.

Il serait certes concevable d'admettre expressément la possibilité de prévoir dans les statuts la représentation des membres du conseil d'administration. Toutefois, la loi devrait également fixer des conditions-cadres et régler en particulier les questions suivantes: détermination de l'organe compétent pour la désignation des représentants (l'assemblée générale?), admissibilité de la représentation d'un membre du conseil d'administration par un autre (qui disposerait ainsi de deux voix), limite maximale du nombre de représentants lors d'une même séance, responsabilité des représentants. Toutefois, il n'est peut-être pas nécessaire d'édicter des dispositions législatives en la matière. Les problèmes à régler pourraient tout aussi bien l'être par des mesures d'organisation émanant des sociétés elles-mêmes.

d. Droit de sortie

Même sous le nouveau droit, les actionnaires minoritaires se trouvent dans une situation juridique souvent précaire, en raison du principe de la majorité prévalant à l'assemblée générale. Cela est particulièrement le cas dans les petites et moyennes entreprises. La revente des actions, du moins à leur valeur réelle, est par ailleurs très difficile. Cette situation s'explique avant tout par des raisons purement factuelles, mais en partie également par les restrictions juridiques à la transmissibilité des actions. Dans le cas des sociétés non cotées en bourse, le contrôle particulier de la gestion de l'entreprise qui résulte de la participation au marché des capitaux n'existe enfin pas. Pour toutes ces raisons, la création d'un droit de sortie (qu'on peut aussi qualifier de "droit de retrait"), en faveur des actionnaires minoritaires bloqués, répondrait à des besoins pratiques réels. En droit des groupes, cette inno-

vation aurait une importance particulière pour les actionnaires minoritaires des filiales (cf. ci-après 7.5.1).

La création d'un tel droit se heurte à des obstacles quasi insurmontables. Le départ d'actionnaires est incompatible avec le principe du maintien du capital social, qui suppose qu'un actionnaire désireux de sortir de la société transfère au préalable ses actions. Selon ce principe, le nombre des actions doit en effet rester constant. Un retrait ne peut se faire sans difficulté que si d'autres actionnaires sont disposés à reprendre les titres. A défaut, le départ d'actionnaires minoritaires réduit les fonds propres de la société, car celle-ci doit racheter les actions. Dans certains cas, la base économique, et, partant, l'existence de l'entreprise en serait affectée. Un droit de sortie exercé de façon inconditionnelle pourrait ainsi être fatale à une société se trouvant dans une situation financière déjà critique. C'est pourquoi les intérêts des actionnaires minoritaires devraient céder le pas à ceux, conjoints, des actionnaires majoritaires, des travailleurs, des créanciers et de la collectivité en général.

En outre le risque existerait, avec l'introduction dans la loi d'un droit de sortie, de favoriser de manière indue les actionnaires les plus rapides à l'exercer. Si plusieurs demandes de retrait étaient faites, les fonds propres de la société serviraient à racheter les actions des premiers requérants. En cas d'insuffisance de moyens financiers, cela porterait non seulement préjudice aux créanciers mais aussi aux autres actionnaires. Les actionnaires minoritaires seraient ainsi incités à exercer très tôt leur droit de sortie.

En principe, la création d'un tel droit n'est pas la solution appropriée pour protéger les intérêts des actionnaires minoritaires. Les principes du droit des sociétés anonymes (ainsi que la structure typique de la SA) sont en effet méconnus si les actionnaires peuvent exiger la reprise de leurs actions. Aussi, la protection de ces actionnaires doit-elle être assurée par des dispositions matérielles tendant spécifiquement à cette fin, ainsi que par une limitation des possibilités de restreindre la transmissibilité des actions. La récente révision du droit des sociétés anonymes est précisément allée dans ce sens. Ces nouvelles dispositions n'ont jusqu'à maintenant pas reçu un accueil très favorable. Leur abrogation (demandée par quelques interventions parlementaires) ne se justifie toutefois pas, compte tenu notamment de l'absence de tout droit de sortie en droit des sociétés anonymes. Cela est particulièrement vrai dans le cas des petites et moyennes entreprises.

Même si d'importantes réserves peuvent être faites à l'égard d'un droit de sortie, un besoin réel en la matière n'en existe pas moins. Dans le cas où l'on se prononcerait en définitive en faveur d'une telle innovation, la loi devrait prescrire que ce droit ne puisse s'exercer que dans le cadre d'une action judiciaire. Le juge n'accorderait le droit de sortir de la société qu'après avoir constaté l'existence de justes motifs et l'inadéquation de toute alternative, compte tenu des divers intérêts en présence (actionnaires, travailleurs, créanciers). Le retrait d'un actionnaire ne devrait pas provoquer de perte financière durable (obligation pour la société de revendre les actions reprises dans un délai déterminé). A défaut, une réduction du capital-actions serait nécessaire.

La création éventuelle d'un droit de sortie, largement discutée dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur, a été en définitive rejetée. Pour tenir compte (au moins en partie) des demandes matériellement justifiées allant dans ce sens, le législateur a toutefois prévu, dans le cadre de l'action en dissolution, la possibilité d'un retrait à certaines conditions. Selon l'article 736, chiffre 4, CO, les actionnaires représentant ensemble au moins 10 pour cent du capital-actions peuvent requérir la dissolution pour de justes motifs. En lieu et place, le juge peut adopter une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés. A ce titre, il a la possibilité de décider le rachat par la société des titres des actionnaires minoritaires, la société étant maintenue pour le surplus. La doctrine a relevé à juste titre que cette réglementation donnera en pratique lieu à de nombreux problèmes d'application.

Au vu des nouvelles compétences réservées au juge dans le cadre de l'action en dissolution, la création d'un droit de sortie n'est probablement pas nécessaire. Tout jugement définitif sur la question serait toutefois prématuré. Il convient en effet de voir quelle application recevra en pratique le nouvel article 736, chiffre 4, CO.

La loi accorde le droit de requérir la dissolution de la société aux actionnaires minoritaires, pour autant qu'ils représentent au moins 10 pour cent du capital-actions. La suppression éventuelle de cette réserve devrait être examinée. Dans le cas de petites minorités, l'adoption par le juge d'une solution acceptable pour toutes les parties, au sens de l'article 736, chiffre 4, CO, serait en général plus facile. Il n'est par ailleurs pas satisfaisant que l'existence de justes motifs ne puisse être invoquée par tout actionnaire minoritaire. Cependant, la transformation de l'action en dissolution en action ouverte à tout actionnaire laisserait la porte ouverte à des abus.

L'introduction dans la loi d'un droit de sortie serait toutefois inutile si des conditions fiscales désavantageuses rendaient son exercice rédhibitoire. C'est pourquoi la vente des actions à la société ne devrait en principe pas être imposable pour l'actionnaire exerçant un tel droit. Conformément à la loi fédérale sur l'impôt anticipé, il serait toutefois obligatoirement procédé à une retenue de 35 pour cent (sur la partie du montant versé excédant la valeur nominale de l'action).

e. Droit d'exclusion

Le projet du Conseil fédéral de loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières prévoit, dans le cadre de la réglementation des offres publiques d'acquisition, une sorte de droit d'exclusion. Aux termes de l'article 31 LBVM, si l'offrant détient, à l'expiration de l'offre, plus de 98 pour cent des droits de vote de la société visée, il peut, dans un délai de trois mois, demander au juge d'annuler les titres restants. La société émet à nouveau ces titres et les remet à l'offrant, contre paiement du montant de l'offre, en faveur des propriétaires des titres annulés. Une retenue de 35 pour cent sera également opérée, conformément à la loi fédérale sur l'impôt anticipé.

Le droit d'exclusion pourrait-il être généralisé? Une telle solution ne serait concevable qu'en cas de reprise des actions par d'autres actionnaires. De plus, ce droit d'exclusion ne devrait pouvoir être exercé qu'à l'encontre d'actionnaires vraiment minoritaires (petites minorités) et/ou être subordonné à l'existence de justes motifs. Enfin, il faudrait prévoir qu'un tel droit ne s'exercerait qu'au travers d'une action judiciaire (demande en exclusion).

Dans les sociétés où les relations personnelles prédominent, les actionnaires minoritaires peuvent toutefois avoir des intérêts extra-patrimoniaux à rester actionnaires. Dès lors, il n'est pas certain que le droit d'exclusion corresponde vraiment dans tous les cas aux besoins des membres des petites et moyennes entreprises. En revanche, l'utilité d'un tel droit est manifeste dans le cas des filiales (cf. ci-après 7.5.1).

f. Quorums différenciés en fonction de la grandeur des sociétés

La réintroduction d'exigences légales en matière de quorum n'est pas nécessaire, vu la possibilité de prévoir des majorités qualifiées dans les statuts.

g. Allègement des prescriptions en matière d'établissement des comptes

Les prescriptions de droit suisse sont beaucoup moins exigeantes que le droit européen. Par ailleurs, le législateur a, dans le cadre de la révision récemment entrée en vigueur, manifestement tenu compte des besoins en la matière des petites entreprises. C'est pourquoi il ne se justifie déjà pas de modifier la loi en leur faveur, comme le demandent diverses interventions parlementaires (cf. ci-avant 3.1). Le développement international du droit et les efforts d'intégration de la Suisse rendent de surcroît impossible tout allègement des exigences en matière d'établissement des comptes. L'adaptation du droit suisse aux directives européennes nécessitera au contraire la révision à moyen terme des dispositions sur les réserves latentes.

h. Suppression de l'organe de révision

Selon les directives européennes (art. 1, lit. a de la 8ème directive de la CE, en relation avec les articles 51 et 11 de la 4ème directive de la CE), les Etats-membres ne sont pas tenus de prévoir dans leur législation le contrôle des comptes annuels des petites sociétés (une société est considérée comme telle si deux des grandeurs suivantes ne sont pas dépassées: un total du bilan de 3,5 millions de francs suisses, un chiffre d'affaires net de 7 millions de francs suisses, une moyenne de 50 employés). Pour les entreprises de moyenne et grande taille, le droit européen exige toutefois des réviseurs bien formés (réviseurs particulièrement qualifiés). Si les directives européennes ne posent pas d'exigences en matière d'organe de révision de petites sociétés, c'est uniquement en raison du fait que ces dernières ne jouent pas de rôle significatif dans le domaine international.

Il serait certes excessif d'imposer aux petites sociétés le contrôle de leurs comptes par des réviseurs particulièrement qualifiés. Le droit de la Communauté ne le fait d'ailleurs pas. Cependant, une suppression de l'organe de révision ne se justifierait pas davantage (même si le droit européen la rend possible). Les intérêts des créanciers et des actionnaires minoritaires des petites sociétés ne sont en effet pas moins dignes de protection que ceux de sociétés plus grandes. La pratique démontre au contraire que les risques d'abus et la probabilité d'une faillite sont même plus élevés dans le cas des petites sociétés.

De l'opinion unanime du Groupe de réflexion, il ne se justifie pas de renoncer au contrôle des comptes annuels des petites sociétés par un organe de révision. Toute modification législative dans ce sens doit être exclue.

Tout comme les prescriptions en matière de comptabilité commerciale et les dispositions sur le maintien du capital-actions, l'exigence d'un organe de révision est en corrélation directe avec la limitation de responsabilité dans le cadre de la SA. L'entrepreneur entendant bénéficier d'un tel privilège doit aussi offrir les garanties exigées. Par ailleurs, l'organe de révision contribue non seulement à une gestion efficace de la société, mais aussi à la protection des actionnaires minoritaires. Le contrôle des comptes annuels existe ainsi dans l'intérêt même de la société. Comme le droit révisé des sociétés anonymes n'exige enfin pas des petites et moyennes entreprises qu'elles mandatent des réviseurs particulièrement qualifiés, les charges financières dues à l'existence d'un organe de révision ne peuvent être qualifiées d'excessives.

i. Devoir de fidélité des actionnaires

Outre le fait qu'elle violerait un des principes de base du droit des sociétés anonymes (interdiction d'exiger des actionnaires d'autres prestations que le versement du montant nécessaire à l'acquisition de leurs titres, art. 680, al. 1, CO), la possibilité de prévoir dans les statuts un devoir de fidélité des actionnaires ne serait pas d'une grande utilité. Dans les sociétés où les relations personnelles caractérisées rendraient nécessaires l'existence d'un devoir de fidélité des actionnaires, il est en effet possible d'atteindre un tel objectif par le biais des syndicats d'actionnaires.

j. Sociétés unipersonnelles

Pour autant que son identité soit inscrite au registre du commerce, la fondation d'une SA par un seul actionnaire ne pose pas de problème. En pratique, cette innovation n'aurait pas de grandes répercussions mais permettrait une simplification de la procédure de fondation. Par ailleurs, le droit suisse serait ainsi rendu conforme à la 12ème directive de la CE (cf. ci-avant 2.7).

k. Limitation de la théorie de la répartition des compétences

Le nouveau droit des sociétés anonymes établit une liste d'attributions du conseil d'administration intransmissibles et inaliénables. Ce faisant, le législateur s'est nettement prononcé en faveur de la théorie de la répartition des compétences. Ces devoirs sont intransmissibles dans la mesure où le conseil d'administration ne peut les déléguer, et inaliénables car l'assemblée générale ne peut les lui retirer. Les Chambres ont rendu l'article 716a du projet du Conseil fédéral plus clair sur ce point, cf. message, tiré à part, p. 177).

Par cette réglementation, le législateur a entendu définir clairement les tâches pour l'exécution desquelles le conseil d'administration est responsable. C'est pourquoi il fallait aussi préciser que l'assemblée générale ne peut soustraire au conseil d'administration les attributions lui revenant de par la loi, y compris sur requête de ce dernier.

La création, dans le cadre de la liste des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration, d'exceptions en faveur des petites sociétés reviendrait à établir des champs de responsabilité différents selon la taille de l'entreprise. Sur le plan matériel, une telle différence ne se justifie guère.

Il serait certes concevable d'autoriser l'assemblée générale à retirer au conseil d'administration certaines compétences qui lui reviendraient légalement. La responsabilité devrait alors également être transférée à l'assemblée générale et ses membres. Cela serait toutefois contraire aux principes habituels et se heurterait à de réelles difficultés pratiques. La solution pourrait peut-être consister dans une répartition statutaire des attributions différente de celle prévue par la loi (octroi à l'assemblée générale de tâches spécifiques qui reviendraient au conseil d'administration). Les membres du conseil d'administration resteraient cependant légalement responsables, tant envers les actionnaires n'ayant pas consenti au transfert de compétences qu'à l'égard des créanciers de la société.

Quant à la pratique qui consisterait à réserver l'accord de l'assemblée générale pour des décisions incombant au conseil d'administration selon l'article 716a CO, elle serait contraire au droit révisé des sociétés anonymes.

l. Actions à droit de vote privilégié

Selon le nouveau droit des sociétés anonymes, la valeur nominale des actions ordinaires ne doit pas être de plus de dix fois supérieure à celle des actions à droit de vote privilégié (art. 693, al. 2 et 3, CO). En d'autres termes, le poids d'une voix rattachée à une action privilégiée ne doit pas être supérieur du décuple à celui de la voix d'une action ordinaire. Pour certaines décisions de l'assemblée générale, l'importance des actions à droit de vote privilégié est relativisée: l'article 704 CO requiert la majorité de 2/3 des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales représentées. Dans quelques cas déterminés, le privilège rattaché à ce type d'actions n'a même plus aucun effet (art. 693, al. 3, CO). Signalons incidemment qu'il existe des titres auxquels aucun droit de

vote n'est rattaché. Il s'agit des bons de participation, dont le capital ne doit pas dépasser de plus du double le capital-actions (art. 656b, al. 1, CO).

Les dispositions du nouveau droit des sociétés anonymes visent à éviter les abus et à protéger, dans une certaine mesure et pour des décisions importantes, les actionnaires titulaires d'actions ordinaires minorisés sur le plan du droit de vote (quand bien même ils représenteraient la majorité du capital social). Il est exclu d'abroger ces nouvelles règles pour deux raisons. Elles représentent tout d'abord un progrès dans le domaine de la protection des actionnaires minorisés sur le plan du droit de vote. Elles permettent ensuite de tenir partiellement compte du principe selon lequel les risques encourus doivent être proportionnels au poids du vote, et l'influence exercée dans la société proportionnelle à l'apport au capital. A cet égard, le nouveau droit déroge déjà suffisamment à ce principe.

m. Capital-actions minimum

La révision du droit des sociétés anonymes a augmenté le montant minimal du capital-actions de 50'000 à 100'000 francs suisses. Si l'on avait voulu compenser l'inflation intervenue depuis 1936, le montant minimal aurait largement dû dépasser 300'000 francs suisses. Le régime transitoire prévu par le nouveau droit est en outre plutôt large. Seules les sociétés anonymes fondées après 1985 doivent augmenter leur capital-actions et elles disposent pour cela d'un délai de 5 ans. Si l'on tient compte enfin du fait que la libération minimale du capital-actions n'a été élevée que de 20'000 à 50'000 francs suisses, l'application des nouvelles dispositions ne devrait entraîner aucun problème. Ainsi, un réinvestissement annuel limité à 6000 francs suisses permettra aux sociétés concernées de satisfaire aux nouvelles exigences en la matière.

L'exigence d'un capital-actions minimum est une conséquence de la limitation de responsabilité dans le cadre de la société anonyme. Aussi, une réduction du montant minimal exigé ne se justifie-t-elle pas.

n. Réglementation de la succession

Il existe déjà divers instruments juridiques permettant de régler la succession d'un entrepreneur. On peut citer en particulier les syndicats d'actionnaires, les actions à droit de vote privilégié, les bons de participation et, pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourses, les restrictions à la transmissibilité des actions (art. 685b, al. 4, CO). A l'avenir, la loi devrait en outre prévoir la scission (cf. ci-après 6).

Si l'on voulait néanmoins créer des règles limitatives, il faudrait le faire en droit successoral (réserves des héritiers légaux) ou matrimonial (régimes matrimoniaux), et non en droit des sociétés.

o. Retour à l'ancienne réglementation en matière de restrictions à la transmissibilité des actions

Pour les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, les nouvelles dispositions législatives admettent les restrictions statutaires suivantes à la transmissibilité des actions (cf. à ce sujet Carlo Schmid, recht 1992, p. 83 ss):

- exclusion des concurrents;
- exclusion des acquéreurs qui ne sont pas membres de la famille dans le cas d'une entreprise familiale;
- exclusion d'un acquéreur pour des motifs liés à sa personne et qui sont pertinents au regard du but de la société;
- pourcentage limité du nombre d'actions par actionnaire;
- exclusion des étrangers au vu des réglementations de droit fédéral exigeant le caractère suisse d'une société pour bénéficier de certains avantages (maintien du caractère suisse).

S'il n'est pas possible de refuser un acquéreur déterminé sur la base de telles clauses statutaires, la société peut encore l'écarter sans indication de motifs, mais en lui proposant de reprendre, pour son propre compte ou pour celui d'autrui, les actions à leur valeur réelle ("escape clause", cf. ci-avant a).

Dans le cas des petites sociétés aussi, il existe donc suffisamment de possibilités d'écarter les acquéreurs indésirables.

Le Groupe de réflexion exclut le retour au régime de l'ancien droit (possibilité générale de refuser le transfert des actions pour toute société, même sans indication de motifs). La distinction entre les actions cotées et non cotées en bourse (sociétés publiques et privées) est en effet parfaitement justifiée. Sur le plan politique, il ne serait en outre pas souhaitable de revenir sur la question une année après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

p. Renforcement de l'efficacité de la gestion par rapport à la protection des investisseurs

La proposition du Conseiller national Fröh, qui tend à la création d'une forme de société spécifique pour les petites et moyennes entreprises, demande que la structure de l'entreprise soit renforcée. Quant à la transparence et la protection des investisseurs, elles devraient céder le pas aux besoins imposés par la gestion de l'entreprise (cf. ci-avant 3.1).

La garantie des droits patrimoniaux des actionnaires minoritaires exige pourtant la tenue de comptes annuels clairs, explicites et soumis au contrôle de réviseurs professionnels. Il serait du reste contraire aux principes fondamentaux du droit des sociétés de renoncer à une protection efficace de l'actionnaire et de laisser ainsi la porte ouverte à des abus.

Du reste, le code des obligations prévoit déjà une forme juridique où les associés participent à la société à des titres différents. Il s'agit de la société en commandites par actions, dans laquelle certains associés administrent la société, alors que d'autres sont de purs actionnaires (cf. ci-après 3.6). La responsabilité personnelle des associés dirigeants et l'existence d'un organe de contrôle servent à protéger les intérêts des simples actionnaires.

3.4.3 Conclusion

Au vu des développements qui précèdent, la création, au-delà des normes déjà existantes, de nouvelles règles spéciales en faveur des petites et moyennes entreprises n'apparaît guère possible en droit des sociétés anonymes.

Un des objectifs fondamentaux de la révision récemment entrée en vigueur était d'améliorer la protection des actionnaires minoritaires (cf. message, tiré à part, p. 23 et 26). Les interventions parlementaires faites en réaction au nouveau droit placent en revanche au premier plan les intérêts des actionnaires majoritaires. Il n'existe toutefois aucun motif de revenir sur les progrès accomplis en la matière. Les petites sociétés elles aussi ne peuvent être dispensées du respect des nouvelles dispositions. De même, les exigences posées par la loi en raison de la limitation de responsabilité dans le cadre de la société anonyme ne peuvent être réduites, qu'il s'agisse du capital-actions minimum, de la protection du capital, des prescriptions relatives à l'établissement des comptes, de la révision, ou de la publication des comptes annuels. La pratique démontre que les créanciers et les actionnaires minoritaires des petites sociétés dépendent tout spécialement des normes visant à les protéger. C'est en effet dans ce type d'entreprises que surviennent souvent des situations propices aux abus et aux problèmes d'insolvabilité. Pour des raisons matérielles, il n'est ainsi pas possible d'entreprendre les modifications législatives demandées par les milieux intéressés.

Au vu de ses règles spéciales et de sa flexibilité (qui permet de donner à une SA un caractère de société de personnes par l'adoption de clauses statutaires), le nouveau droit des sociétés anonymes offre une forme juridique appropriée aux besoins des petites sociétés. Parallèlement, la possibilité de constituer des syndicats d'actionnaires dans le cadre d'une SA permet aussi de tenir compte des relations personnelles existantes. Grâce à ce type de conventions, il est possible de séparer clairement la structure de l'entreprise (qui résulte des statuts) des relations de nature contractuelle existant entre les associés (régées par les syndicats d'actionnaires).

3.5 Révision de la société à responsabilité limitée (S.à.r.l.)

3.5.1 Interventions parlementaires

Il y a peu de temps, une intervention parlementaire a demandé une révision de la forme juridique de la société à responsabilité limitée:

Motion Dettling du 18 décembre 1992

Révision des dispositions concernant les S.à.r.l.

Le Conseil fédéral est chargé de soumettre aux Chambres un projet de modification des dispositions portant sur la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO). Il s'agit d'inciter les petites et moyennes entreprises à adopter cette forme de société, notamment:

- *en facilitant le transfert des parts (art. 789 ss CO);*
- *en rendant la responsabilité solidaire (art. 802 CO) moins contraignante, de même que la responsabilité de ceux qui précèdent un associé exclu (art. 801 ss CO);*
- *en créant un statut de commanditaire pour les associés;*
- *en séparant clairement les conditions relatives au capital et celles qui concernent la gestion;*
- *en prévoyant, dans des dispositions transitoires, une procédure simplifiée de transformation d'une SA en S.à.r.l., procédure qui ne serait pas imposée à l'exception des frais d'inscription.*

Lors de la rédaction du présent rapport, la motion de Monsieur le Conseiller national Dettling n'avait pas encore été traitée par le Parlement.

En plus de la motion Dettling, il faut mentionner le postulat de la commission du Conseil des Etats pour les affaires juridiques, demandant aussi une révision du droit des sociétés à responsabilité limitée, et la motion de Monsieur le Conseiller national Früh, demandant, elle, la création d'une forme de société pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-avant 3.1).

3.5.2 Désavantages de la société à responsabilité limitée

La forme juridique de la S.à.r.l. n'a pas réussi à s'imposer en Suisse. Sur environ 170'000 sociétés anonymes, on ne compte que quelque 2'700 sociétés à responsabilité limitée. Il est vrai que le nombre des S.à.r.l. a légèrement augmenté depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme; on peut toutefois se poser la question de savoir s'il s'agit d'une augmentation durable. Une explication importante au petit nombre de S.à.r.l. est sa structure peu flexible, comparée à celle de la SA. La S.à.r.l. présente encore toute une série de désavantages qui la rendent peu attractive:

- Les actions de la société ne peuvent pas être incorporées dans des papiers-valeurs. Leur transfert est coûteux et difficile. En effet, il nécessite la majorité des trois quarts de tous les associés, un acte authentique (frais de notaire), l'inscription de l'acquéreur dans le registre du commerce et la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce.
- Les associés ne peuvent pas rester anonymes. Au début de chaque année civile, l'Office du registre du commerce doit déposer une liste des noms des associés, des apports sociaux et de leurs produits.
- Les associés répondent solidairement à concurrence du montant du capital social inscrit, c'est-à-dire qu'ils répondent solidairement pour la partie du capital social non restituée ou remboursée indûment. Les personnes concernées peuvent ainsi encourir un grand risque. Au surplus, les dispositions sur la responsabilité ne sont souvent pas très compréhensibles.
- Chaque associé sortant répond pendant cinq ans des obligations de la société.
- La loi repose sur le principe de l'unité de possession, et de direction. La présomption légale selon laquelle les associés fondateurs ont la gestion des affaires et les pouvoirs de représentation (organisation pourvue par voie interne) n'est souvent pas justifiée.
- Les possibilités de développement en la forme juridique de la S.à.r.l. sont de prime abord réduites en raison de la limite du capital à 2 millions de francs (il faut prendre en considération l'inflation depuis 1936).
- La transformation d'une S.à.r.l. en SA est difficile, dans la mesure où cela demande une liquidation et une nouvelle constitution.
- L'associé chargé de la gestion des affaires d'une S.à.r.l. est soumis à l'Office des poursuites.
- La faillite d'un associé peut entraîner la liquidation de la société.
- Chaque associé peut demander la dissolution de la société pour de justes motifs.
- L'application à la S.à.r.l. des prescriptions de la SA pour la constitution, la protection des créanciers et la comptabilité ne constitue pas un avantage.

3.5.3 Possibilités de rendre la S.à.r.l. plus attractive

Si l'on veut que la forme juridique de la S.à.r.l. devienne pour les petites et moyennes entreprises une alternative attractive par rapport à la SA, il faut éliminer quelques-uns de

ses désavantages. Pour ce faire, il convient d'examiner les points qui peuvent être améliorés:

- La responsabilité solidaire de chaque associé à concurrence du montant du capital social inscrit pourrait être remplacée par la responsabilité simple de chaque associé à concurrence seulement du montant de son apport social. La solution serait ainsi identique à celle de la SA.
- L'adoption d'une organisation pourvue par voie interne dans la S.à.r.l. entraîne la séparation de la gestion des affaires de l'investissement du capital.
- La simplification de la procédure de transformation de la S.à.r.l. en SA et vice-versa doit être traitée dans l'éventuelle loi sur la fusion, la scission et la transformation de sociétés (cf. ci-après 6).
- La réglementation sur le transfert des actions peut en principe être simplifiée; on peut en principe permettre aux associés de garder l'anonymat. Toutefois, le transfert simplifié des actions et l'anonymat des associés vont à l'encontre des demandes tendant à limiter le transfert des actions des petites entreprises. Il y a là un conflit.
- Des simplifications dans les domaines de la constitution de la société, de la protection des créanciers et de la comptabilité doivent être prévues; il ne peut toutefois pas être donné suite aux demandes d'une organisation minimale en ce qui concerne la comparabilité et la révision. Cela ne serait pas justifié, d'autant moins qu'il est prévu de limiter la responsabilité (cf. ci-avant). Il est exclu de trouver une meilleure solution, même en regard du droit de la CE; en effet, les directives de la CE concernant l'établissement des comptes s'appliquent aussi aux S.à.r.l. Une diminution des exigences irait à l'encontre du développement du droit international.
- Alors qu'actuellement, un organe de contrôle n'est obligatoire que dans le cas où les associés n'ont pas un pouvoir direct de gérer (art. 819 CO), une révision de la loi devrait - contrairement à ce que demandent les interventions parlementaires - prévoir qu'un organe de contrôle est en principe obligatoire. L'actuelle réglementation pose des problèmes, dans la mesure où l'examen auquel procède l'organe de contrôle n'est pas fait seulement dans l'intérêt des associés, mais aussi dans celui des créanciers et de la communauté (voir Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, 14 n. 73). Une limitation de la responsabilité impliquerait également une limitation de la responsabilité de l'organe de contrôle en droit des sociétés anonymes.
- En principe, pour les sociétés ayant une activité économique, les exigences en matière d'établissement et de contrôle des comptes devraient être différenciées en fonction de l'importance de l'entreprise, et non en fonction de la forme juridique (cf. ci-avant 2.2.4 et 2.10); il n'est pas possible de procéder à des simplifications spéciales des formes juridiques dans le cadre de la S.à.r.l.

Le renforcement, pour les petites et moyennes entreprises, de la structure de l'entreprise plutôt que le renforcement de la protection de l'actionnaire serait contraire à la

protection des minorités prévue par le nouveau droit des sociétés anonymes. Il ne serait pas justifié de faire marche arrière, ni sur le plan matériel ni sur le plan politique.

- Prévoir une forme de garantie simplifiée en cas de reprise d'entreprise n'est pas un problème du droit des sociétés; les limites provenant du droit des successions et des régimes matrimoniaux peuvent être bien plus importantes. Une modification ne se justifie pas.

3.5.4 Principales limites d'une révision

Le droit des sociétés à responsabilité limitée constitue un système très fermé. La réglementation suisse correspond pour l'essentiel à celle de nos pays voisins.

Une révision de la société à responsabilité limitée ne devrait pas créer trop de différences avec les réglementations des autres pays; en effet, créer une particularité suisse dans le domaine des formes de sociétés irait, à long terme, à l'encontre des intérêts des entreprises concernées.

D'autres raisons encore font qu'une transformation fondamentale de la S.à.r.l. n'est pas justifiée. Par contre, il serait adéquat de créer une sorte de petite société anonyme se rapprochant des SA; les dispositions importantes du droit des sociétés anonymes devraient être reprises, car une réglementation divergente ne serait souvent pas justifiée matériellement et aurait pour conséquence de créer une incohérence supplémentaire dans le droit des sociétés. Une telle réglementation de la S.à.r.l. ne présenterait ainsi pas vraiment des avantages par rapport au droit des sociétés anonymes. Il n'y aurait dès lors pas de raison valable d'avoir une S.à.r.l. proche de la société anonyme. La flexibilité du droit des sociétés anonymes permet à une petite SA de bien s'adapter aux circonstances en prévoyant des statuts appropriés et en passant des contrats complémentaires avec les actionnaires (cf. ci-devant 3.4.3). Si la S.à.r.l. doit vraiment représenter une alternative à la SA, il ne faut pas prévoir une réglementation qui soit trop proche de celle de la SA. Le caractère de la S.à.r.l. devrait en principe être préservé.

Une révision ne devrait pas porter atteinte à la cohérence de la réglementation existante. Si l'on veut conserver le caractère de la S.à.r.l. et éviter des contradictions, il faut se limiter aux modifications indiquées.

Les 1ère, 4ème, 7ème, 8ème et 12ème directives s'appliquent également à la S.à.r.l. (cf. ci-devant 2.). Une éventuelle révision devra autant que possible prendre en considération les prescriptions des directives de la CE.

3.5.5 Conclusions

L'idée de supprimer la société à responsabilité limitée (et la société en commandite) parce qu'elle est peu utilisée n'a pas été retenue par le groupe de réflexion. Le groupe est toutefois favorable à une révision de la réglementation, qui s'inspirerait des droits français et allemand; par contre, il refuse une transformation fondamentale de la S.à.r.l.

S'il est procédé à une révision dans les limites indiquées, il est clair que la nouvelle réglementation ne pourra pas répondre sur tous les points aux demandes des milieux intéressés. Ainsi, le problème de la limitation de la responsabilité - un élément clé du droit de la S.à.r.l. - ne peut être que partiellement résolu dans le cadre du concept de base actuel de la S.à.r.l.

3.6 Révision de la société en commandite par actions

3.6.1 Expansion minimale et ses causes

La société en commandite par actions est, selon la conception suisse, une forme de SA; elle a la personnalité juridique. Elle réunit des éléments de la SA et de la société en commandite. Les caractéristiques de cette société sont représentées notamment par la position et la responsabilité personnelle des membres de l'administration.

A ce jour, il n'y a en Suisse que dix sociétés en commandite par actions; deux sont des grandes sociétés, dont les actions sont cotées en bourse (Compagnie Financière Michelin, Banque Sarasin & Cie).

Malgré l'expansion réduite de la société en commandite par actions, la doctrine reconnaît à une grande majorité qu'elle est une forme de société appropriée aux entreprises familiales et qu'elle présente des avantages importants par rapport aux sociétés anonymes "habituels". Ainsi, la différence faite par la société en commandite par actions entre les associés gérants et les actionnaires qui n'ont pas un droit de gestion répond souvent aux besoins des petites et moyennes entreprises. La loi établit une compensation des intérêts entre les deux formes de société, en prévoyant des droits différents, auxquels correspondent des obligations (pouvoir de gérer, droit de veto limité à l'encontre des décisions de l'assemblée générale, lié à une responsabilité personnelle) et en instituant un organe de contrôle interne chargé d'examiner la gestion des affaires; ceci satisfait également sous l'angle de la protection juridique des actionnaires non gérants et minoritaires.

Dans la pratique, on recourt le plus souvent à une société anonyme très atypique, en ce sens qu'elle est personnalisée (société qui met en évidence la personne des actionnaires).

La société en commandite par actions n'est régiee que d'une manière sommaire dans le code des obligations (elle ne fait l'objet que de deux pages dans le recueil officiel du code

des obligations). La loi renvoie très souvent aux dispositions sur la SA et la société en nom collectif. Dans la pratique, cette réglementation s'est révélée comme étant compliquée, incomplète et insatisfaisante; en outre, elle ne résoud pas clairement un certain nombre de questions importantes. La bibliographie et la jurisprudence ne sont pas abondantes. Aussi, des questions fondamentales restent-elles controversées.

En plus de la question essentielle de la responsabilité personnelle, la réglementation fragmentaire et insuffisante ainsi que l'insécurité juridique qui en résulte sont probablement les causes principales du désintérêt pour la société en commandite par actions; par contre, cette forme de société peut présenter un intérêt dans certaines situations, en raison de la liberté de constitution qu'elle permet aux grandes sociétés, qui peuvent se permettre de recourir à un avocat.

La révision du droit des sociétés anonymes ne s'est pas étendue à la société en commandite par actions. Du fait du renvoi au droit des SA, les dispositions révisées des sociétés anonymes s'appliquent également aux sociétés en commandite par actions (cf. Brigitte Tanner, *Die Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und Bankaktiengesellschaften*, in *Mélanges Forstmoser*, p. 31 ss). Le nouveau droit des sociétés anonymes ne prend toutefois pas en considération les particularités de la société en commandite par actions, ce qui aggrave le problème des renvois au droit des sociétés anonymes; c'est pourquoi il est urgent de réviser la société en commandite par actions.

3.6.2 Principales lacunes de la réglementation

a. Réglementation détaillée; technique législative

Comme cela a déjà été dit, la réglementation lacunaire de la société en commandite par actions constitue probablement l'un des motifs principaux du désintérêt observé jusqu'à maintenant dans la pratique pour cette forme de société.

Si l'on veut en faciliter l'utilisation pour les petites et moyennes entreprises, il est nécessaire de compléter et de modifier la réglementation actuelle. La nouvelle loi devra être claire et très détaillée; les renvois au droit des sociétés anonymes ou des sociétés en nom collectif devront être limités aux domaines qui peuvent s'appliquer sans problème à la société en commandite par actions.

b. Constitution de la société en commandite par actions

La constitution de la société en commandite par actions ne pose en principe pas de problème juridique; il serait toutefois d'un grand intérêt pour l'application du droit de créer une norme qui, à l'instar des articles 626 et 627 CO, fixe le contenu nécessaire et facultatif

des statuts. En outre, il pourrait être utile, par exemple, que l'association des notaires établisse un modèle de statuts en vue d'une expansion de cette forme de société.

c. Inscription dans les statuts du nom des associés indéfiniment responsables

Selon le droit actuel, le nom des associés indéfiniment responsables doit être indiqué dans les statuts (art. 765 CO). Une mutation parmi les associés indéfiniment responsables nécessite une modification des statuts. Cette réglementation correspond au concept fondamental de la société en commandite par actions, en vertu duquel les associés gérants et personnellement responsables ne sont pas désignés par l'assemblée générale, mais directement par les statuts; elle est cependant difficilement applicable et entraîne des frais considérables.

L'obligation d'indiquer dans les statuts le nom des associés indéfiniment responsables peut être supprimée sans dommage. Il faudrait prévoir que l'admission de nouveaux associés indéfiniment responsables soit soumise à la condition de l'acceptation par l'assemblée générale et par les actuels associés indéfiniment responsables. Par contre, la réglementation relative à l'inscription sur le registre du commerce doit être maintenue.

d. Réglementation relative à l'administration

La loi prévoit uniquement que les associés indéfiniment responsables forment l'administration de la société et qu'ils ont le pouvoir de l'administrer et de la représenter (art. 765, al. 1, CO).

Cette disposition n'explique pas suffisamment la forme de l'administration; aussi, y a-t-il controverse sur le fait de savoir si l'administration équivaut au conseil d'administration de la société anonyme en tant qu'organe collectif ou si le pouvoir d'administrer appartient à chaque associé, comme dans la société en nom collectif. Il n'y a pas non plus de réponse aux questions de savoir si un associé indéfiniment responsable peut être exclu de l'administration avec l'accord des autres associés indéfiniment responsables et si l'administration peut être confiée à un tiers.

Les dispositions sur l'administration doivent être précisées. Ainsi, le pouvoir d'administrer et de représenter pourrait être accordé à chaque membre du conseil d'administration, pour autant que les statuts et les décisions de l'administration ne prévoient pas une réglementation différente. Des prescriptions dérogatoires devraient être inscrites sur le registre du commerce. En outre, il faut clarifier la capacité de déléguer de l'administration.

La réglementation relative à l'administration et à la représentation devrait être souple afin de respecter la nature mixte de la société en commandite par actions. Il faudrait également à cette occasion donner suite aux interventions parlementaires qui demandent de créer une forme de société spéciale pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-avant 3.1).

e. Compétences de l'administration

La position de l'administration de la société en commandite par actions est plus forte que celle de la société anonyme. D'une part, les associés indéfiniment responsables sont membres de l'administration de par la loi et non de par le vote de l'assemblée générale (art. 765, al. 1, CO). D'autre part, le pouvoir d'administrer et de représenter ne peut leur être retiré que pour de justes motifs (767 CO en rapport avec 565 CO). Enfin, certaines décisions importantes de l'assemblée générale ne sont valables qu'avec le consentement de tous les actionnaires (art. 766 CO).

La répartition des compétences entre l'administration et l'assemblée générale, qui permet une organisation souple, doit en principe être maintenue.

La responsabilité illimitée pour les engagements pris par la société et l'obligation d'avoir un organe de contrôle sont les corollaires des privilèges des associés gérants, ou l'inverse: ces privilèges sont une compensation à la responsabilité illimitée.

Dans beaucoup de petites et moyennes entreprises qui ont pris la forme de la SA, le besoin se fait sentir de renforcer la position des actionnaires qui travaillent dans l'entreprise. A cet effet, on recourt à une structure du capital propre qui est souvent peu justifiée, mais qui permet une participation au capital ne correspondant pas à la part des associés. Sur ce point, la société en commandite par actions représente la forme de société appropriée. Elle pourrait en conséquence répondre à une nécessité et représenter une forme juridique pour les petites et moyennes entreprises, comme le demandent différentes interventions parlementaires.

f. Nationalité des membres de l'administration

L'application analogique des dispositions du droit des sociétés anonymes sur la nationalité des membres du conseil d'administration (art. 708 CO) n'est pas claire. La doctrine majoritaire et la pratique en matière du registre du commerce n'appliquent pas ces dispositions à la formation de l'administration, mais à celle de l'organe de contrôle.

Ce problème doit être résolu. A ce propos, il faudra également examiner la question de savoir s'il ne conviendrait pas de renoncer aux exigences en matière de nationalité, qui sont discriminatoires. (Cela vaut également en droit des sociétés anonymes; si un accord d'intégration devait être conclu avec la CE, il est fort probable que les clauses de nationalité devraient être supprimées. Par contre, les exigences par rapport au domicile pourraient être maintenues.)

g. Responsabilité personnelle des administrateurs

Selon le droit actuel, les associés indéfiniment responsables répondent personnellement, subsidiairement, solidairement et de manière illimitée pour les obligations de la société (c'est le droit de la société en nom collectif qui s'applique). La responsabilité personnelle s'étend aux dettes contractées avant l'entrée de l'associé dans l'administration. Elle est indépendante de la réglementation interne relative aux pouvoirs d'administrer et de représenter. Si un associé quitte l'administration, il ne répond plus des nouvelles obligations, mais il reste tenu pour les obligations existantes (art. 591 CO).

Le groupe de réflexion est d'avis que la sévérité des règles sur la responsabilité - aliée aux lacunes que présente la réglementation (cf. ci-avant 3.6.1) - explique le fait que les petites entreprises choisissent plus souvent la forme de la SA que celle de la société en commandite par actions (qui serait en soi mieux adaptée). Mais si la société en commandite par actions doit représenter une alternative valable pour les petites et moyennes entreprises, il faudra modifier les dispositions sur la responsabilité des associés gérants. On pourrait envisager, par exemple, de limiter la responsabilité de chaque associé à un certain montant (responsabilité à concurrence d'un montant), publié dans le registre du commerce, ou à une quote-part (responsabilité proportionnelle de chaque associé et exclusion de la solidarité). En outre, la responsabilité pour les obligations contractées avant l'entrée dans l'administration devrait être supprimée. La question de savoir s'il faut renoncer totalement à une responsabilité personnelle, et à quelles conditions, doit aussi être examinée; mais ce faisant, on modifie le caractère fondamental de la société en commandite par actions. Il convient encore de procéder à une étude de droit comparé.

Au besoin, il devrait être possible d'admettre des personnes juridiques comme actionnaires indéfiniment responsables (cf. ci-après 3.7).

h. Organes de contrôle et de révision

En contrepois au pouvoir des actionnaires gérants, la loi prévoit un organe de contrôle chargé de la surveillance de l'établissement des comptes et de la surveillance permanente de la gestion (art. 768 CO). L'organe de contrôle constitue une protection pour les actionnaires non gérants.

Les devoirs et les compétences de l'organe de contrôle ne sont pas clairement définis. On ne sait pas ce qu'il faut entendre exactement par une surveillance permanente de la gestion. Le fait que la loi charge l'organe de contrôle du contrôle des comptes annuels et en même temps de la surveillance de la gestion pose des problèmes, car les deux tâches exigent des qualités différentes sur les plans personnel et professionnel; l'adoption de dispositions plus sévères pour les réviseurs particulièrement qualifiés, suite à la révision du droit des sociétés anonymes, entraîne des problèmes supplémentaires. Une révision de la loi devrait séparer les tâches de contrôle et de révision et les définir plus précisément. Afin d'éviter des

conflits de compétence, il convient de fixer clairement les attributions de chaque organe dans la loi.

L'exigence d'un organe de contrôle contribue certainement au peu de succès de la société en commandite par actions. Le groupe de réflexion n'y voit toutefois pas une raison de renoncer complètement à cet organe de contrôle. La société en commandite prévoit deux sortes d'associés liés entre eux; la première catégorie est formée d'associés chargés de la gestion de par la loi, la deuxième se compose d'associés qui sont considérés comme de simples fournisseurs de capital à risque; les actionnaires qui ont fait des placements de manière appropriée et qui ne sont pas gérants doivent être protégés contre les éventuels abus qui pourraient être commis par les associés gérants. Cette tâche de protection peut être confiée à un organe de contrôle interne ou externe pour les grandes sociétés. La réflexion en vue de trouver une solution plus simple, satisfaisante juridiquement, équitable et prenant en considération les intérêts divergents, doit être poursuivie.

Si la loi rend obligatoire un organe de contrôle et fixe clairement ses devoirs, on peut renoncer au contrôle spécial. A l'inverse, il est possible de renoncer à un organe de contrôle si un contrôle spécial est prévu pour les sociétés en commandite; des conflits juridiques pourraient toutefois en découler. C'est pourquoi la solution d'un organe de contrôle apparaît comme un avantage.

Le groupe de réflexion est d'avis qu'il est préférable de procéder à des simplifications essentielles dans le domaine de la responsabilité personnelle plutôt que de renoncer à un vaste contrôle de la gestion.

i. Dissolution et transformation en SA

Une société en commandite par actions prend fin automatiquement par la sortie de tous les associés indéfiniment responsables (art. 770 CO).

Cela pose des problèmes considérables dans la pratique. La solution appropriée serait que la loi prévienne une transformation en SA, si l'administration n'est pas convoquée dans le délai fixé par la loi ou les statuts.

Au surplus, il faut prévoir une réglementation sur la possibilité de transformer une société en commandite par actions en SA et l'inverse (cf. ci-après 6).

j. Raisons sociales

La disposition selon laquelle la raison de commerce d'une société en commandite par actions doit contenir au moins le nom de famille de l'un des associés indéfiniment responsables (art. 947 CO) est matériellement incorrecte et force les entreprises à changer de raison sociale en cas de changement dans la situation des membres de l'administration.

En conséquence, cette disposition devrait être supprimée. La question d'une adjonction à la raison sociale qui renvoie la forme juridique de l'entreprise doit encore être examinée.

k. Capital-actions

Etant donné le principe de la responsabilité personnelle, il est possible de fixer le montant minimum du capital-actions plus bas qu'en droit des sociétés anonymes (Fr. 50'000.-; le droit de la CE ne prévoit pas de disposition sur le montant minimum du capital-actions de la société en commandite par actions). Mais il faut tenir compte du fait que seule la formation d'un capital à risque justifie une limitation de la responsabilité. Si l'on prend en considération la protection des créanciers, l'augmentation du coût de la vie et les montants des capitaux investis habituellement dans les entreprises, la somme de Fr. 100'000 (dont seule la moitié doit être versée) prévue par le droit des sociétés anonymes ne paraît pas trop élevée.

l. Clause d'agrément

Le groupe de réflexion rejette l'idée de réintroduire l'ancienne clause d'agrément avec la possibilité de refuser sans indiquer les motifs décisifs (ci-avant 4.3.2, litt. o).

La position juridique des actionnaires sans pouvoir de gestion est faible; il n'est donc pas indiqué de rendre le transfert des actions plus difficile que dans la société anonyme.

L'admission de nouveaux associés indéfiniment responsables nécessite le consentement des membres de l'administration; la société en commandite par actions est ainsi suffisamment protégée d'une mainmise, sans que l'on doive encore alourdir le transfert des actions par une clause d'agrément.

m. Etablissement des comptes

Une simplification des dispositions sur l'établissement des comptes par rapport au droit des sociétés anonymes emble exclue. Comme cela a été dit, les règles sur la comptabilité en droit des sociétés anonymes s'adaptent aux conditions des petites sociétés (cf. ci-avant 4.3.2, litt. f).

La société en commandite par actions avec ses deux catégories d'associés représente le type même de société qui nécessite un établissement des comptes de nature à pouvoir protéger les associés non gérants.

Il faut en outre souligner que les directives de la CE concernant l'établissement des comptes s'appliquent à la société en commandite par actions (cf. ci-avant 2.2). Dans ce cas

également, les exigences pour l'établissement des comptes doivent être différenciées selon l'importance de l'entreprise et non selon la forme juridique.

3.6.3 Conclusions

Le groupe de réflexion voit dans la société en commandite par actions une alternative appropriée à la SA pour les petites et moyennes entreprises. La société en commandite par actions présente le grand avantage d'avoir deux sortes d'associés. Il est usuel pour les petites et moyennes entreprises d'avoir des associés gérants et non gérants; dans ce cas, la loi assure une compensation des intérêts satisfaisante sur le plan juridique entre les deux catégories d'associés. Toutefois, la société en commandite par actions ne constitue une forme d'entreprise intéressante que si les associés gérants sont prêts à assumer une responsabilité personnelle; si l'on veut une responsabilité limitée de tous les associés, il faut choisir une SA ou une S.à.r.l.

Dans la mesure où les interventions parlementaires demandant une forme juridique pour les petites et moyennes entreprises sont justifiées, le groupe de réflexion est d'avis que la forme de société qui leur est le mieux appropriée est la société en commandite par actions.

Une des raisons principales du peu de succès de la société en commandite par actions est l'insuffisance de sa réglementation. Si l'on veut qu'elle soit, dans la pratique, une alternative à la SA et à la S.à.r.l., il faut réviser la loi. Les insécurités juridiques doivent être éliminées par une réglementation détaillée. Les renvois à la SA et à la société en nom collectif doivent être limités aux domaines où une application analogique se justifie en raison de la matière et du caractère particulier de la société en commandite par actions.

Pour rendre plus attractive la société en commandite par actions, il faut réviser notamment les dispositions sur la responsabilité subsidiaire et personnelle et celles sur l'organe de contrôle. Le groupe de réflexion est d'avis que la responsabilité illimitée, solidaire et personnelle peut être limitée dans certains cas. Il reste à examiner comment définir les devoirs de l'organe de contrôle et à quelles conditions il est possible de renoncer à un tel organe. Il faut assurer la protection juridique des actionnaires qui font des placements et qui ne sont pas gérants contre les associés gérants. Le groupe de réflexion rejette une réglementation de la société en commandite par actions dans un sens qui irait à l'encontre de la protection des actionnaires minoritaires prévue dans le droit des sociétés anonymes. En effet, cette protection est particulièrement importante pour les petites et moyennes entreprises.

Au surplus, une révision des dispositions sur la société en commandite par actions doit également prendre en considération les droits étrangers et le droit de la CE (les 1ère, 4ème, 7ème et 8ème directives de la CE s'appliquent aussi aux sociétés en commandite par actions).

3.7 Possibilité de constituer une société de personnes à responsabilité limitée

Le groupe de réflexion suggère de permettre la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée pour les petites et moyennes entreprises (en Allemagne: GmbH & Co. KG), comme c'est le cas dans d'autres pays.

Il s'agit d'une société en commandite, dont le seul associé indéfiniment responsable est une S.à.r.l., soit une personne morale à responsabilité limitée. Dans ce cas, la S.à.r.l. a la fonction de gérer et, comme personne morale, elle garantit l'existence de l'entreprise. Les parts de la S.à.r.l. appartiennent aux associés à responsabilité limitée (commanditaires) de la société en commandite ou aussi à la société en commandite sous forme de propriété commune.

Le droit suisse actuel n'autorise pas la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée, car seules des personnes physiques peuvent être des associés indéfiniment responsables d'une société en commandite (art. 594, al. 2, CO).

Les avantages d'une société de personnes à responsabilité limitée résident dans le fait qu'elle permet de combiner la limitation de la responsabilité de la S.à.r.l. avec la flexibilité d'une société de personnes (société en commandite). La possibilité de limiter la responsabilité aux apports des commanditaires et à la fortune de la S.à.r.l. est certainement une raison importante du succès de cette forme de société en Allemagne.

Toutefois, combiner la responsabilité limitée et la structure d'une société de personnes présente certains risques pour les créanciers et les investisseurs. C'est pourquoi, en Allemagne, la tendance de la législation et de la jurisprudence récentes est d'appliquer les dispositions de protection de la loi sur la S.à.r.l. également à la GmbH & Co. KG. (cf. plus spécialement Klaus J. Hopt, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, in: Einführung in das deutsche Recht, 3ème éd., Munich 1990, p. 115 s; Wolfgang Hefermehl, Einführung, in: Aktiengesetz, GmbH-Gesetz, 25 éd., Munich 1993, p. XXXVI s.). Un minimum de règles doivent être prévues pour éviter des abus. Ainsi, c'est déjà lors de la constitution de la société qu'il doit être vérifié qu'aucune prsonne physique n'est indéfiniment responsable. De plus, si les apports des commanditaires consistent en leurs parts souscrites dans la S.à.r.l., celles-ci ne doivent pas être réputées souscrites à l'égard des créanciers

Il faut noter que les directives de la CE concernant l'établissement des comptes (4ème, 7ème et 8ème directives) s'appliquent déjà aux sociétés de personnes à la responsabilité limitée; elles s'appliquent aussi aux sociétés en commandite dans la mesure où tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée (S.à.r.l., SA ou société en commandite par actions, directive 90/605/CE ainsi que art. 1, lit. a, de la 8ème directive). C'est pourquoi la Suisse devrait également prévoir en matière d'établissement et de contrôle des comptes une réglementation matérielle correspondante à celle de la SA.

3.8 Conclusions

Sur la base des interventions parlementaires demandant une forme juridique pour les petites et moyennes entreprises (cf. ci-avant 3.1), le groupe de réflexion a examiné les solutions possibles et est arrivé aux conclusions suivantes:

- Il faut renoncer à créer une *nouvelle forme de société*.
- Le droit des sociétés anonymes offre peu de possibilités de prévoir une *réglementation plus souple pour les petites et moyennes entreprises*. Les demandes présentant un intérêt sur le plan matériel engendrent d'importants problèmes et désavantages (par exemple, un droit de sortie). D'autres propositions, comme l'allègement des dispositions sur la protection des minorités et des créanciers dans le nouveau droit des sociétés anonymes, doivent être rejetées pour des raisons matérielles. Il n'est dès lors guère possible de modifier le droit des sociétés anonymes pour réaliser les buts proposés par les interventions parlementaires. L'alternative consistant à prévoir des dispositions spéciales dans le droit des sociétés anonymes doit ainsi être abandonnée.
- La réglementation de la *S.à.r.l.* doit être révisée; toutefois, le caractère de cette forme de société doit en principe être conservé. Comme il n'est pas possible de réviser fondamentalement le concept de la S.à.r.l. et que le problème de la responsabilité notamment ne peut être que partiellement résolu, les propositions des interventions parlementaires demandant une révision des dispositions de la S.à.r.l. ne peuvent être prises en considération que d'une façon limitée.
- Il faut autoriser la constitution d'une société anonyme ou d'une *société à responsabilité limitée à un seul actionnaire*; cependant, des prescriptions sur la publicité doivent être prévues (cf. ci-avant 2.7).
- La *société en commandite par actions* doit être révisée fondamentalement afin de la rendre plus attractive; elle peut constituer une forme de société appropriée pour les petites et moyennes entreprises, dans lesquelles seule une partie des associés travaillent. La réglementation doit être complétée et les renvois au droit des sociétés anonymes et au droit des sociétés en nom collectif doivent être clarifiés. La responsabilité personnelle des associés indéfiniment responsables doit être allégée. Les questions des devoirs de l'organe de contrôle et la possibilité de renoncer à un tel organe doivent être examinées; toutefois, il faut prévoir une protection suffisante des associés non gérants. Il faut prendre en considération les prescriptions du nouveau droit des sociétés anonymes concernant la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires.
- Si l'on autorise des personnes morales à être des associés indéfiniment responsables d'une société en commandite, la constitution d'une *société de personnes à responsabilité limitée* peut être permise (en Allemagne: GmbH & Co KG). Les associés et les

créanciers doivent être protégés de manière appropriée. Plusieurs souhaits émis dans les interventions parlementaires seront réalisés par la constitution de la société de personnes à responsabilité limitée.

4. Incohérences du nouveau droit des sociétés anonymes; éventualité d'une nouvelle révision

4.1 Intervention parlementaire

*Motion Gerold Bühler du 17.6.1993
Nouvelle révision du droit des sociétés anonymes*

Le Conseil fédéral est chargé de soumettre aux Chambres un rapport et une proposition concernant une nouvelle révision du code des obligations. Les enseignements que l'on a pu tirer depuis un an de l'application du nouveau droit des sociétés anonymes doivent être dûment pris en compte. Il convient notamment de procéder aux adaptations ou aux clarifications suivantes:

- réglementer sans complications administratives la prise ferme lors d'augmentations de capital et le traitement des actions de réserve;
- améliorer les possibilités de supprimer le droit de souscription préférentiel de l'actionnaire lors de l'émission d'emprunts convertibles et d'emprunts portant droit d'option; définir plus clairement les justes motifs concernant la suppression du droit de souscription préférentiel, en relation avec le financement des acquisitions d'entreprises;
- geler le délai de trois mois dans lequel doit être exécuté l'augmentation de capital, en cas de litige;
- accorder le droit d'inscription d'un objet à l'ordre du jour de l'assemblée générale sans limiter encore plus la protection des actionnaires minoritaires; réglementer la compétence en ce qui concerne le choix de la personne chargée de réviser le compte de groupe;
- réglementer les frais en matière d'action en responsabilité;
- déterminer le contenu et la forme des rapports intermédiaires en ce qui concerne les augmentations de capital et des émissions d'emprunts obligataires;
- édicter des dispositions relatives aux fiduciaires et au traitement des actions dispo dans le cas des actions nominatives liées;
- faire une distinction entre les sociétés anonymes cotées en bourse et privées en ce qui concerne les restrictions dans le transfert des actions.

Lors de la rédaction du présent rapport, la motion Bühler n'avait pas encore été traitée.

4.2 Avis

La doctrine et la pratique ont critiqué à plusieurs reprises le fait que le nouveau droit des sociétés anonymes présente toute une série de lacunes (cf. en particulier Peter Forstmoser, *Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht*, RSDA 1992, p. 58 ss).

Il ne convient pas d'examiner ici chaque question et chaque point litigieux; il faut toutefois relever ce qui suit.

Des erreurs de formulation, des lacunes, des contradictions (apparentes) et des opinions divergentes sont le lot de chaque projet de législation d'une certaine envergure. En droit des sociétés anonymes, les inexactitudes et les incohérences posent des problèmes particuliers, en ce sens que ce sont des sujets de droit privé qui, lors de l'adaptation des statuts de leur société aux nouvelles normes, sont les premiers confrontés à ces difficultés, alors que les autorités et les juges ne le seront que plus tard, lors de l'application du droit. La formulation peu précise du droit privé conduit souvent à des problèmes d'interprétation lors de l'application à des états de faits concrets. Cette caractéristique confère cependant au droit privé l'avantage incontestable d'être adaptable et flexible. Une certaine insécurité juridique est inévitable aussi longtemps que les questions essentielles posées par le nouveau droit n'ont pas été résolues par une doctrine majoritaire et la jurisprudence.

Les membres du groupe de réflexion sont unanimes pour dire que les points litigieux du nouveau droit des sociétés anonymes sont essentiellement de nature politique. Ainsi, le droit préférentiel de souscription lors de l'augmentation conditionnelle du capital et la nécessité de motifs importants pour l'exclusion du droit de souscription constituent des décisions politiques du législateur, qui ne peuvent pas être considérées objectivement comme des erreurs matérielles. Il ne paraît pas opportun de procéder à une nouvelle analyse politique des questions qui ont été discutées pendant huit ans au Parlement lors de la révision du droit des sociétés anonymes.

La doctrine et la pratique apporteront une solution satisfaisante à la plupart des incohérences et des problèmes d'interprétation du nouveau droit des sociétés anonymes. Plusieurs questions litigieuses ont déjà été tranchées par une doctrine dominante. Une rediscussion de ces problèmes ne pourrait que créer de nouvelles insécurités juridiques.

4.3 Conséquences

Certains prétendus défauts du nouveau droit des sociétés anonymes sont en fait consciemment voulus par le législateur. Quant aux demandes de révision, elles proviennent des personnes dont les propositions ont été minorisées pendant la procédure de législation.

D'autres défauts consistent en des incohérences de la loi, qui peuvent être corrigées par l'interprétation.

Enfin, un petit nombre de défauts touchent à la cohérence du droit des sociétés anonymes. Ils sont dus au fait que les dispositions concernées ont été adoptées vers la fin des débats parlementaires. Un réexamen de ces questions serait en soi souhaitable; cependant, il ne serait guère utile de remettre en question les compromis souvent péniblement obtenus et de créer éventuellement de nouvelles contradictions et confusions.

Compte tenu de toutes ces circonstances, le groupe de réflexion est d'avis qu'il faut renoncer pour l'instant à des modifications du nouveau droit des sociétés anonymes. Celui-ci ne présente en effet aucune inexactitude justifiant une révision urgente. Cependant, certains défauts techniques pourront être éliminés par une modification ponctuelle des dispositions concernées, lorsque l'occasion se présentera. Ce devrait être le cas de la norme (art. 652a, al. 1, ch. 5, CO) qui stipule qu'en cas d'augmentation du capital ordinaire ou conditionnelle, des comptes intermédiaires ne doivent être établis que si les comptes annuels remontent à plus de 6 mois; elle devrait en effet prévoir un délai de 9 mois, conformément au droit de la CE. De même, pourrait être clarifiée la question de la compétence de l'assemblée générale d'élire le réviseur des groupes de sociétés.

5. Révision du droit des sociétés coopératives

5.1 Intervention parlementaire

En 1981 déjà, une intervention a été déposée, demandant une révision du droit des sociétés coopératives.

Postulat du Groupe de l'Union démocratique du centre du 16.3.1981. Société coopérative, nouvelle définition.

Le Conseil fédéral est invité à faire entreprendre des études et recherches ainsi qu'à présenter un rapport et, le cas échéant, une proposition tendant à réviser partiellement le code des obligations (art. 828 s.). Il y aura notamment lieu d'examiner, en l'occurrence, s'il ne conviendrait pas de redéfinir les critères applicables à la conduite d'une entreprise en la forme juridique d'une société coopérative, de telle manière que l'action commune passe au premier plan parmi les critères déterminants.

5.2 Genèse

L'un des buts essentiels de la révision du droit des sociétés de 1919/1936 consistait à établir les principales différences existant entre les sociétés coopératives et les sociétés anonymes et à élaborer une législation tenant compte de ces différences. Les observations faites à ce propos dans le message du Conseil fédéral de 1928 sont toujours pertinentes (FF 1928 I 318):

"Mais il y a, entre ces deux sociétés, des différences fondamentales. Tandis, en effet, que la société anonyme est une association de capitaux, la société coopérative est une association de personnes. ... La société coopérative est presque toujours intéressée, d'une manière ou de l'autre, à l'activité individuelle et à la prospérité matérielle de ses membres. La société anonyme est un groupement nettement commercial. La société coopérative n'est rien de pareil."

Les sociétés anonymes et les sociétés coopératives présentent toutefois des similitudes:

- Les deux types de société sont créés principalement à des fins économiques.
- Les deux formes juridiques conviennent à des entreprises commerciales importantes et comptant un nombre élevé de travailleurs.

Les prescriptions du droit des sociétés coopératives se réfèrent cependant en partie aux conditions des petites entreprises; de ce fait, les grandes sociétés coopératives bénéficient de privilèges matériels injustifiés par rapport aux sociétés anonymes.

Les conditions-types fixées par le législateur en droit des sociétés coopératives n'ont pas empêché dans la pratique le maintien de sociétés coopératives atypiques ou même leur développement. Il est fait référence en particulier aux grandes sociétés coopératives dans le secteur de la consommation, des assurances (pour lesquelles la forme atypique est cependant déjà prévue dans la loi) et des banques (pour celles-ci aussi la loi prévoit déjà en partie la possibilité d'une forme atypique).

Ces dernières décennies, les différences les plus importantes entre les sociétés coopératives atypiques et la société anonyme ont diminué. Cette réalité juridique se trouve en contradiction avec la révision du droit des sociétés anonymes, qui a encore accentué les différences dans l'organisation juridique, car des adaptations analogues en droit des sociétés coopératives n'ont pas été réalisées.

5.3 Révision

De l'avis du groupe de réflexion, il n'est pas possible de changer le cours de l'histoire et de nier aux organisations qui se sont constituées en sociétés coopératives cette forme juridique. S'agissant des sociétés atypiques également, la forme juridique de la société coopérative répond à des besoins légitimes que les autres formes de société du droit suisse ne sont pas susceptibles de satisfaire. Cependant, le développement dans la pratique doit être pris en considération en révisant le droit des sociétés coopératives et en adoptant des dispositions spéciales pour les sociétés atypiques. En outre, et de manière générale, il faut créer des principes légaux identiques, c'est-à-dire qu'il ne faut pas opérer des distinctions essentielles entre la société anonyme et la société coopérative lorsque les conditions ne diffèrent pas sur des points essentiels entre les deux formes de société. Il convient de prévoir une organisation concordante, qui règle d'une manière équitable l'activité économique et fixe des mesures spéciales pour les grandes sociétés. Les prescriptions relatives aux sociétés coopératives doivent être adaptées au nouveau droit des sociétés anonymes; à cette occasion, il faut également éliminer les différences entre les deux formes juridiques qui existaient déjà avant la révision du droit des sociétés anonymes.

Les dispositions plus sévères prévues par le nouveau droit des sociétés anonymes en ce qui concerne le but économique de la société anonyme ou l'intérêt des créanciers, des actionnaires minoritaires et de la communauté doivent être reprises dans le droit des sociétés coopératives. Il s'agit en particulier des domaines suivants:

- aggravation des exigences relatives à l'établissement des comptes (prescriptions sur la structure des comptes, annexe au bilan, réglementation limitative et publicité en ce qui concerne les réserves latentes);
- prescriptions spéciales pour la publicité des sociétés économiques importantes;
- exigences accrues en ce qui concerne la qualité et l'indépendance des réviseurs;

- création du réviseur spécial;

- reprise de la réglementation sur les frais pour les plaintes en contestation et en responsabilité.

Les trois premiers points peuvent être réalisés par une réglementation sur l'établissement des comptes indépendante de la forme juridique de la société (cf. ci-avant 2.2 et 2.10).

Le droit des coopératives doit régler également la question du bon de participation, en particulier les conditions de son admission. (La société coopérative ne doit pas nécessairement avoir un but lucratif, la distribution des dividendes est soumise, en outre, à une limite légale supérieure.)

Il faut encore examiner si une comptabilité consolidée doit aussi être exigée pour les groupes de coopératives (malgré leur structure différente).

Les différences entre les droits des sociétés anonymes et les coopératives, qui existaient déjà avant la révision des sociétés anonymes et qui ne sont pas ou plus justifiées, doivent être éliminées. C'est le cas des différences suivantes:

- exigences plus petites pour la constitution d'une société coopérative (renoncement à l'acte authentique), ce qui ne constitue pas une simplification dans la pratique, dans la mesure où beaucoup de constitutions de sociétés sont imparfaites);
- délais de convocation différents pour l'assemblée générale (5 jours pour les sociétés coopératives, 10 jours selon l'ancien droit et 20 jours selon le droit révisé pour les sociétés anonymes, 882 CO).

En plus de l'adaptation au droit des sociétés anonymes, il faudra largement tenir compte, à l'avenir également, des particularités des sociétés coopératives proprement dites (entraide des membres par une action commune) qui sont encore nombreuses dans les domaines de l'agriculture, de l'habitat et de l'industrie. C'est pourquoi la structure personnelle de la société coopérative doit être maintenue. Toutefois, ici aussi, la question se pose de savoir si certaines règles du droit actuel ne sont pas trop doctrinaires. Aussi, le principe obligatoire d'une voix par tête peut-il empêcher l'atteinte de buts typiques de la coopérative; il ne serait pas souhaitable de supprimer complètement le principe, mais de l'alléger (dans tous les cas, il ne faut pas prévoir le principe du droit de vote à proportion de la participation au capital. Le principe de sept sociétaires au minimum peut rendre plus difficile la réalisation des buts coopératifs (notamment dans le domaine de l'agriculture).

Dans cet ordre d'idée, il faut aussi discuter la question de base qui est de savoir dans quelle mesure le principe de l'entraide doit être maintenu. Actuellement, ce principe est ancré expressément dans la définition légale. En outre, il revêt une signification importante

pour les sociétés coopératives "typiques". Par contre, pour les grandes sociétés, comme dans les secteurs de la consommation et des assurances, il est dénué de sens.

De l'avis du groupe de réflexion - contrairement au postulat de l'UDC de 1981 - la solution ne peut pas consister à renforcer le principe de l'entraide, qui serait imposé à toutes les sociétés coopératives, obligeant ainsi les grandes sociétés coopératives de consommation et d'assurances à renoncer à cette forme juridique de société. Mais il n'est pas non plus possible de renoncer complètement au principe de l'entraide. Il faut donc trouver une solution intermédiaire permettant de distinguer selon les types de coopératives ou les domaines économiques. Cette question demande encore à être approfondie et il faudra veiller à ne pas limiter la réflexion sur le plan du droit privé, mais de l'étendre en particulier au plan du droit fiscal.

Enfin, il faudra examiner si d'autres buts de la révision du droit des sociétés anonymes doivent être repris dans le droit des sociétés coopératives, en utilisant toutefois d'autres moyens:

- La possibilité de l'autofinancement de beaucoup de sociétés coopératives pose des problèmes. La particularité du capital social variable et au surplus facultatif interdit cependant de reprendre la réglementation du nouveau droit des sociétés anonymes. Il convient plutôt de chercher des solutions spécifiques.
- Les droits démocratiques des membres doivent être renforcés, particulièrement dans les grandes sociétés coopératives. Dans ce cas également, la reprise de la réglementation du droit des sociétés anonymes ne paraît cependant ni justifiée ni faisable. La question est plutôt de savoir comment mettre en oeuvre plus efficacement les règles spécifiques prévues pour les grandes sociétés coopératives en ce qui concerne la votation par correspondance et l'assemblée des délégués.
- Les règles relatives au changement des associés - selon le principe de l'entrée et la sortie et non de la transmission de la qualité d'associé - doivent être repensées.

5.4 Conséquences

Le groupe de réflexion estime qu'une révision du droit des sociétés coopératives est nécessaire.

6. Fusion, scission et transformation de sociétés

6.1 Nécessité d'une réglementation

Le droit suisse en vigueur règle en partie seulement la fusion et la transformation d'une société. Par ailleurs, la restructuration des formes juridiques est régie de façon trop restrictive.

Dans le cas de la S.à.r.l., de l'association et de la fondation, la fusion n'est pas prévue par la loi. Il en va de même de fusions entre sociétés de nature ou de nationalité différentes (en allemand, on parle dans le premier cas de "rechtsformüberschreitende Fusion", soit "fusion transformatrice"; le second type de fusion est, lui, désigné par l'expression "grenzüberschreitende Fusion", soit "fusion transfrontalière"). L'absence de réglementation en la matière est source d'insécurité juridique importante. L'absence de règles des fusions non prévues par la loi reste en partie incertaine, comme l'application par analogie des règles du droit des sociétés anonymes (cf. à ce sujet, Frank Vischer, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, RSDA 1993, p. 1 ss).

Les dispositions en vigueur sur la fusion ne sont pas conformes à la réglementation-cadre de la CE. La récente révision du droit des sociétés anonymes n'a en particulier pas modifié les règles existantes en la matière.

En droit des sociétés anonymes et coopératives, les normes sur la fusion se limitent à instaurer un régime de protection des créanciers de la société dissoute (art. 748 ss et 914 CO). Le conseil d'administration doit ainsi adresser un appel aux créanciers et administrer séparément l'actif de cette société jusqu'à ce qu'ils aient été payés ou aient reçu des sûretés. Cette exigence d'une gestion séparée entraîne en pratique des difficultés d'application et est plus étendue que les mesures de protection prévues par les droits étrangers.

La transformation de la forme juridique d'une entreprise n'est régie en droit suisse que dans le cas de la transformation d'une SA en une S.à.r.l. (art. 824 ss CO). La scission de sociétés n'est, quant à elle, pas du tout prévue par la loi.

Au vu de la législation incomplète et de l'insécurité juridique en la matière, l'Office fédéral de la justice a chargé en octobre 1992 le professeur Frank Vischer, de Bâle, d'élaborer un avant-projet de loi sur la fusion, scission et transformation de sociétés.

La nouvelle réglementation tendra à assurer une plus grande mobilité entre les diverses formes de sociétés. Pour ce faire, la transmission de patrimoine par voie de succession universelle devra être plus largement prévue. Il faut en effet permettre à une entreprise de changer aisément de forme juridique même après sa création, pour lui laisser la possibilité de s'adapter à l'évolution des circonstances. La nécessité d'un assouplissement du droit des sociétés est en général aussi reconnue à l'étranger. Une libéralisation à cet égard a eu lieu notamment en Allemagne, en Italie, en France et en Grande-Bretagne. Les nouvelles ré-

gles, loin de limiter les possibilités juridiques en droit des sociétés, les élargiront au contraire.

6.2 Eléments d'une nouvelle réglementation

6.2.1 Fusion

La loi devra régler la fusion entre des sociétés de même nature, de même que la fusion entre des sociétés de nature ou de nationalité distincte. Dans le cas des fusions entre sociétés de forme différente en particulier, il conviendra de déterminer les combinaisons admissibles et les conditions auxquelles seront soumises de telles opérations.

6.2.2 Scission

La scission facilitera les opérations de partage et de restructuration des entreprises. Il faudra établir légalement les formes de société pour lesquelles la scission sera possible, ainsi que les conditions auxquelles elle sera subordonnée.

La scission est l'opération par laquelle une société ("société scindée") transfère, par voie de succession universelle, tout ou partie de son patrimoine (actifs et passifs) à d'autres sociétés ("société(s) bénéficiaire(s)"), préexistantes ou spécialement créées à cette fin. Les associés de la société scindée reçoivent en échange des parts sociales de la société bénéficiaire ou en acquièrent la qualité d'associé. Il existe trois types de scission:

- la scission par laquelle la société scindée est dissoute. Les associés de cette société acquièrent en échange une participation dans la société bénéficiaire (en allemand "Aufspaltung", soit "désintégration");
- la scission qui n'implique pas la dissolution de la société scindée. Dans ce cas également, les associés de cette société acquièrent une participation dans la société bénéficiaire (en allemand "Abspaltung", soit "séparation");
- la scission qui présente les mêmes caractéristiques que le second type, à cette différence près que la participation dans la société bénéficiaire est octroyée à la société scindée elle-même et non à ses membres. Tel sera notamment le cas si une société se transforme en société holding (en allemand "Ausgliederung von Vermögensteilen", soit "détachement d'éléments du patrimoine").

Pour les deux premiers types de scission, la distinction supplémentaire suivante peut encore être faite:

- Lorsqu'il existe plusieurs sociétés bénéficiaires, les associés de la société scindée peuvent acquérir une participation dans chacune de ces sociétés, proportionnellement à leurs parts (en allemand "symmetrische Spaltung", soit "scission symétrique");

- Certains associés peuvent toutefois acquérir les parts d'une première société bénéficiaire, d'autres celles d'une seconde (en allemand "asymmetrische Spaltung", soit "scission asymétrique"). Cette forme de scission, qui permet un partage du patrimoine de la société scindée, sert notamment à régler la succession d'une SA de famille.

6.2.3 Transfert de patrimoine

La cession d'un patrimoine ou d'une entreprise, au sens de l'article 181 CO, n'est pas effectuée à titre universel. Selon cette disposition, seul le passif est transmis de façon générale et automatique. Le transfert des biens s'effectue en revanche de façon individuelle, en respectant les dispositions de forme applicables pour chaque type de biens. La transmission universelle du patrimoine d'une entreprise (ou du moins d'une partie formant une entité distincte), à l'avenir possible, viendra compléter les possibilités offertes par le troisième type de scission susmentionné ("Ausgliederung"). A la différence de cette forme de scission, la contre-prestation en faveur de la société qui aliène ses biens ne consistera pas en une participation.

6.2.4 Transformation de sociétés

La possibilité de transformer sans liquidation préalable la forme juridique d'une entreprise rendra le droit des sociétés beaucoup plus flexible et répondra à des besoins largement répandus en pratique. Les entreprises pourront ainsi s'adapter de façon optimale aux circonstances nouvelles survenues depuis leur création.

Un tel instrument juridique constitue un tout avec la fusion entre sociétés de type différent et doit dès lors être admis au même titre que celle-ci. D'un point de vue systématique, il serait incohérent de permettre l'absorption d'une S.à.r.l. par une SA et d'exclure la transformation de la première forme de société en l'autre.

La loi devra déterminer les possibilités respectives de transformation pour les différentes formes de sociétés, ainsi que les conditions auxquelles elles seront subordonnées. Une personne morale ne devrait en principe pas pouvoir être transformée en un type de société qui ne possède pas la personnalité juridique. Rien ne s'opposerait en revanche à la transformation d'une raison individuelle ou d'une société de personnes en société de capit., al., Quant aux associations, fondations et sociétés coopératives, il faudrait tenir compte de leur spécificités et limiter en conséquence les transformations admissibles dans leurs cas.

Cette innovation permettra par ailleurs de répondre à certaines attentes parfaitement légitimes, exprimées dans diverses motions (cf. ci-avant 3.1.2 et 3.1.5).

6.2.5 Protection des minorités et des créanciers; responsabilité

Les opérations de restructuration juridique au moyen des instruments susmentionnés ne peuvent s'effectuer sans protection des associés et des créanciers.

En ce qui concerne les membres des sociétés parties à de telles opérations, la loi doit garantir que l'information nécessaire leur sera fournie, de manière à leur permettre de prendre une décision conforme à leurs intérêts.

Dans l'hypothèse où la transformation d'une forme juridique, la fusion entre des sociétés de forme ou de nationalité distinctes auraient pour effet d'aggraver la responsabilité des associés, le rachat de leurs parts devrait leur être offert, de manière à leur permettre un retrait de la société en cas de désaccord avec les opérations envisagées.

Lorsque, dans le cadre d'une scission, les associés ne reçoivent pas de façon proportionnelle une participation dans chacune des sociétés bénéficiaires ("asymmetrische Spaltung", cf. ci-avant 6.2.2), les minorités ne peuvent être protégées que par l'exigence de l'unanimité.

Quant aux créanciers, leurs intérêts devraient particulièrement être pris en considération dans le cas où l'opération effectuée aurait pour effet de restreindre le substrat financier leur servant de garantie ou en changerait la nature. Lors de la fusion ou la transformation d'une société, la loi pourrait prévoir des mesures de protection systématiques ou ne les exiger que si les créanciers ont rendu au moins vraisemblable une mise en péril de leurs intérêts. Par ailleurs, il resterait encore à déterminer si de telles mesures interviendraient avant ou après la réalisation des opérations de restructuration.

Enfin, la loi devrait régler également la responsabilité des différents participants aux opérations de restructuration juridique.

6.3 Intégration des nouvelles normes en droit suisse

C'est une question de technique législative que de savoir si les nouvelles dispositions devraient être intégrées dans le code des obligations (voire le code civil) ou faire l'objet d'une nouvelle loi distincte.

Le Groupe de réflexion se prononce en faveur de la création d'une loi spéciale, car les sociétés soumises à une future réglementation seraient celles prévues aussi bien par le code des obligations que par le code civil. Une telle solution, outre qu'elle permettrait d'accélérer le processus législatif, tiendrait par ailleurs mieux compte du caractère spécifique et homogène des questions traitées.

Si une partie générale (ou du moins un ensemble de dispositions communes) du droit des sociétés venait à être intégrée ultérieurement dans le code des obligations, les normes de la loi spéciale pourraient y être transférées.

La LDIP régira quant à elle les fusions de sociétés de nationalité différente.

6.4 Aspects fiscaux

Les instruments juridiques dont il est ici question visent à donner au droit des sociétés une plus grande souplesse, de même qu'à permettre aux entreprises de choisir une structure juridique optimale. Les normes fiscales ne doivent pas entraver la réalisation de tels objectifs. Le transfert des biens par voie universelle est le dénominateur commun de toutes ces opérations de restructuration. Pour trouver un écho en pratique, elles devront rester sans incidences sur le plan fiscal.

La scission en particulier pourrait être considérée comme une liquidation totale ou partielle, fiscalement imposable. Tel ne devrait toutefois pas être le cas si aucun bien n'a été transféré hors de l'entreprise et si les participations des associés sont restées en majorité inchangées (au moins à raison de 51 %). Quant au transfert de biens à une nouvelle société dans le cadre d'une scission du troisième type ("Ausgliederung", cf. ci-avant 6.2.2), il ne devrait pas davantage être imposé. Il faudrait en effet éviter que des considérations fiscales n'interfèrent avec les possibilités nouvellement offertes par le droit privé. Aucun intérêt national, qu'il soit économique ou d'autre nature, n'impose d'entraver de cette manière les opérations de restructuration juridique qui pourront être effectuées à l'avenir en application des nouvelles règles.

En ce qui concerne la fusion, elle peut entraîner actuellement des conséquences fiscales inattendues, en dépit du principe de la neutralité des fusions sur le plan fiscal.

Au vu des observations qui précèdent, il importe que les aspects fiscaux des opérations de restructuration juridique ne soient pas négligés et que les modifications nécessaires soient opérées dans les lois fiscales fédérales (y compris la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes), en parallèle à l'élaboration de nouvelles normes de droit privé.

6.5 Conséquences

Le Groupe de réflexion souligne la nécessité d'une action législative dans ce domaine et se prononce en faveur de la création d'une loi spéciale sur la fusion, la scission et la transformation des sociétés, sociétés coopératives, associations et fondations. La réglementation

en matière de fusion et de scission sera adaptée aux 3^{ème} et 6^{ème} directives de la CE (cf. ci-avant 2.6). En outre, les conditions fiscales devront être aménagées de manière à ne pas être dissuasives. Pour que les entreprises recourent aux nouvelles possibilités offertes par un droit des sociétés plus flexible, il est indispensable que la neutralité fiscale des opérations de restructuration soit assurée.

7. Droit des groupes de sociétés

7.1 Interventions parlementaires

La création d'un droit des groupes de sociétés a déjà été exigée au Parlement il y a quelques années:

Postulat Arnold Koller du 26 juin 1973:

Dans l'économie de notre pays, les groupes de sociétés jouent un rôle prépondérant. En raison de la concentration des entreprises, leur nombre ne cesse de croître. Or le droit suisse ne connaît aucune réglementation qui leur soit applicable. Le droit des sociétés actuellement en vigueur et sur lequel se fondent les absorptions ou fusions d'entreprises n'est plus suffisant à maints égards (publications et obligation d'informer, protection des créanciers, des actionnaires minoritaires, du public).

C'est pourquoi le Conseil fédéral est invité à présenter, le plus rapidement possible, un projet de loi fédérale sur les groupes de sociétés.

Postulat Muheim du 11 décembre 1978:

Le Conseil fédéral est en outre invité à entreprendre une autre révision du droit de la société anonyme, révision portant notamment sur les points suivants:

- *groupes de sociétés.*

(Le reste du postulat a été classé dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes, cf. message, tiré à part, p. 38 ss)

Par ailleurs, une autre intervention parlementaire a requis l'adoption d'une réglementation concernant entre autres les communications incombant aux groupes de sociétés et la publication de participations, questions à régler, selon le message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes, dans le cadre d'un futur droit des groupes de sociétés (message, tiré à part, p. 38 ss):

Postulat Oehler du 25 juin 1973:

L'ordre juridique en vigueur ne connaît aucun principe, aucune prescription d'ordre général en ce qui concerne les publications qui incombent aux personnes morales. C'est pourquoi il est possible de procéder notamment à des transferts d'actions qui ne sont conformes ni à l'intérêt de notre économie, ni à celui de la collectivité.

Le Conseil fédéral est invité à présenter aux Chambres un rapport ainsi qu'un projet de loi sur les publications des personnes morales. Il conviendra, en l'occurrence, de prescrire que les transferts d'actions dont le total dépasse un certain pourcentage doivent faire l'objet de publications, ou être pour le moins déclarés.

7.2 Contenu d'un droit des groupes

Les groupes de sociétés sont de plus en plus répandus dans l'économie suisse. Cependant, le modèle de référence du législateur est en principe la société juridiquement et économiquement indépendante, organisée en tant que telle (cf. toutefois ci-après 7.3 et 7.4).

Un droit des groupes exhaustif adapté aux caractéristiques économiques de ces entités réglerait notamment les questions principales suivantes:

- Définition du groupe de sociétés

Le droit des groupes ne s'appliquerait pas indistinctement à toutes les catégories de groupes de sociétés. Il resterait à définir quels groupes seraient soumis à la nouvelle réglementation (groupes de sociétés à structure contractuelle / groupes de fait).

- Affiliation

La réglementation de l'affiliation à un groupe d'une entreprise jusque là indépendante définirait les conditions et les conséquences de l'entrée dans le groupe de cette société. Dans ce contexte, il conviendrait d'examiner la création d'une obligation et/ou d'un droit de rachat de la société mère (ou "société dominante") à l'égard des actionnaires minoritaires de la nouvelle filiale (ou "société contrôlée").

- Publicité de groupe

Il faudrait prévoir la publication des prises de participations conduisant à l'affiliation à un groupe d'une société et/ou à la constitution d'un groupe de sociétés.

- Comptes de groupe

Seuls des comptes annuels consolidés peuvent donner une information fiable sur la marche des affaires.

- Direction de groupe

Il s'agirait de déterminer le droit et le devoir de la société mère de diriger le groupe de sociétés (direction unique). A cet égard, la mesure dans laquelle la filiale peut être subordonnée aux intérêts du groupe devrait être définie, de même que les conséquences de la direction unique pour les organes de la société mère et de la filiale.

- Protection des minorités de groupe

Il faudrait protéger les actionnaires minoritaires libres d'une société devenue filiale de la poursuite, par la société mère, d'intérêts propres au groupe. Cette réglementation, applicable après l'entrée dans le groupe de l'entreprise auparavant indépendante, se distinguerait des règles tendant à la protection des minorités dans le cadre même du processus d'affiliation à un groupe.

- Responsabilité des organes de groupe

Il faudrait déterminer si la société mère, ainsi que les membres de la direction unique, seraient responsables comme organe de fait à l'égard des actionnaires minoritaires d'une filiale (en dehors du cas de l'insolvabilité de celle-ci).

- Insolvabilité de groupe

Lorsqu'une filiale tombe en faillite, la question se pose de savoir dans quelle mesure les créanciers peuvent prétendre se désintéresser sur les biens de la société mère ou d'une autre filiale. A cet égard surgit le problème de la concurrence entre les différents cercles de créanciers. La responsabilité des organes en cas d'insolvabilité d'une filiale ou de la société mère devraient par ailleurs être réglée.

- Droit contractuel de groupe

Le droit des obligations établirait le principe de l'unité du groupe dans les relations avec les cocontractants des différentes sociétés d'un groupe.

- Droit fiscal des groupes

Le droit fiscal devrait aussi tenir compte des relations de groupes de société. Il pourrait ainsi prévoir notamment l'obligation pour les groupes de présenter une déclaration d'impôts consolidée, ainsi que régler les conditions et les conséquences fiscales d'une affiliation, réciproquement d'une sortie du groupe.

7.3 Dispositions relevant du droit des groupes dans le droit révisé des sociétés anonymes

Le droit suisse en vigueur ne connaît pas de véritable droit des groupes. Cependant, le droit révisé des sociétés anonymes prend en considération les caractéristiques spécifiques des groupes de société sur certains points. Par ailleurs, certaines dispositions générales du droit des sociétés anonymes acquièrent une signification particulière lorsqu'elles s'appliquent aux relations de groupes (les développements ci-après ne concernent que les problèmes les plus importants):

- Définition du groupe de sociétés

La loi définit le groupe de sociétés en relation avec les dispositions sur les comptes de groupe. Selon l'article 663e, alinéa 1, CO, un groupe existe lorsqu'une société, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle sous une di-

rection unique une ou plusieurs sociétés (principe de la direction unique). Cette définition n'a toutefois pas de portée générale et n'est pas applicable en dehors des dispositions relatives aux comptes de groupe.

- Affiliation

Si l'affiliation à un groupe d'une société jusque là indépendante conduit à une large soumission de cette dernière aux intérêts du groupe, une modification du but statutaire est nécessaire. La décision y relative de l'assemblée générale requiert la majorité qualifiée (art. 704, al. 1, ch. 1, CO), voire l'unanimité en cas de suppression du but lucratif (art. 706, al. 1, ch. 4, CO).

La protection des actionnaires minoritaires résultant de ces exigences est toutefois limitée. Seule une soumission manifeste aux intérêts du groupe nécessiterait un changement de but statutaire conformément à ces dispositions. Abstraction faite du cas où le but lucratif de la société est supprimé, les actionnaires étrangers au groupe devraient en outre être suffisamment nombreux pour pouvoir, dans le cadre de l'article 704, alinéa 1, chiffre 1, CO, s'opposer au changement de but social en constituant une minorité de blocage (pour une plus large protection des actionnaires minoritaires lors du processus d'affiliation à un groupe, cf. ci-après 7.5.1). Une fois l'affiliation à un groupe réalisée, une certaine protection des actionnaires minoritaires résulte par ailleurs de l'article 717 CO, qui oblige le conseil d'administration à traiter les actionnaires de façon égale.

- Publicité de groupe

Dans le droit révisé des sociétés anonymes, les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (sociétés publiques) ont l'obligation d'indiquer dans l'annexe au bilan leurs actionnaires les plus importants, à savoir ceux dont la participation dépasse 5 pour cent de l'ensemble des voix (art. 663c CO; cf. également les dispositions complémentaires du projet d'une loi sur les bourses, ci-après 7.4). Si les sociétés publiques visées sont en même temps des filiales, une telle obligation a pour effet de rendre publique les relations de groupe existantes. Les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse doivent également fournir en annexe des comptes annuels des informations sur toutes les participations essentielles à l'appréciation de l'état du patrimoine et des résultats de la société (art. 663b, ch. 7, CO).

- Comptes de groupe

Le devoir de présenter des comptes annuels consolidés (comptes de groupe) résulte de la révision du droit des sociétés anonymes, qui règle par là l'un des points centraux d'un droit des groupes (art. 663e ss, 663h, 697h et 731a CO). Sont toutefois exemptés de cette obligation les petits groupes de sociétés.

- Direction de groupe

La définition du groupe de sociétés donnée à l'article 663e, alinéa 1, CO en matière de comptes de groupe indique que le principe de la direction unique des groupes de sociétés est en principe admise. Différentes dispositions y apportent toutefois des limitations (cf. art. 716a et 717 CO et ci-après 7.5.3).

- Protection des minorités de groupe

Plusieurs dispositions assurent une certaine protection des actionnaires minoritaires étrangers au groupe. On peut citer en particulier le devoir du conseil d'administration de veiller aux intérêts de la société et de traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation (art. 717 CO). Il faut toutefois aussi mentionner l'obligation de rendre des comptes annuels consolidés (art. 663e CO), l'interdiction de distribution occulte de bénéfices (art. 678 CO), l'inefficacité des privilèges rattachés aux actions à droit de vote privilégié et l'exigence d'une majorité qualifiée pour certaines décisions de l'assemblée générale (art. 693, al. 3 et art. 704 CO), le droit à être renseigné (art. 697 CO), le droit à l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a CO), ainsi que l'exigence conditionnelle de réviseurs indépendants des sociétés appartenant aux groupes (art. 727c, al. 2, CO).

- Prise en considération des relations de groupes dans d'autres questions

La réglementation légale de l'acquisition par la société de ses propres actions assimile l'acquisition d'actions par une filiale détenue de façon majoritaire à celle effectuée par la société mère (art. 659b et 663b, ch. 10, CO). La définition du groupe de sociétés de l'article 663e, alinéa 1, CO en matière de comptes de groupe ne s'applique pas dans ce cas. Seules sont prises en considération les participations majoritaires (cf. à ce sujet Anne Petitpierre-Savain, L'acquisition indirecte par la société de ses propres actions, RSDA 1992, p. 220 ss).

- Facilités pour les sociétés mères (privilèges pour les sociétés holding)

Les sociétés mères qui sont des holdings au sens de la loi bénéficient de privilèges en matière de constitution de réserves légales (art. 671, al. 4, CO), ainsi que de nationalité des membres du conseil d'administration (art. 708, al. 1, CO).

7.4 Dispositions relevant du droit des groupes dans le projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières

Le projet du Conseil fédéral de loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; message in FF 1993 I 1269 ss) contient également des dispositions relevant du droit des groupes.

- Publicité de groupe

L'obligation de déclarer les acquisitions et aliénations de participations essentielles vient compléter les dispositions du droit des sociétés anonymes; les sociétés doivent publier les informations reçues (art. 20, 21, 39 et 50 LBVM). L'objectif poursuivi par le postulat Oehler (ci-dessus 7.1) devrait ainsi être atteint.

- Affiliation

Les dispositions du projet de loi sur les bourses en matière d'offres publiques d'acquisition (art. 22 ss LBVM) contiennent des règles importantes visant le processus d'affiliation à un groupe. Cependant, elles ne s'appliquent qu'aux sociétés dont les titres sont cotés en bourse et qui ont pour le surplus décidé de s'y soumettre *volontairement*.

Celui qui, par l'acquisition de titres d'une société, dépasse le seuil de 33 1/3 pour cent des droits de vote de la société, doit présenter une offre portant sur tous les titres traités en bourse de cette société; une possibilité de retrait est donc offerte aux actionnaires minoritaires étrangers au groupe (art. 30 LBVM; disposition transitoire de l'art. 51 LBVM, relative aux filiales existant au moment de l'entrée en vigueur).

A l'expiration d'une offre publique d'acquisition, l'offrant qui détient plus de 98 pour cent des droits de vote de la société pourra contraindre les actionnaires minoritaires (moins de 2 pour cent des droits de vote) à se faire racheter leurs actions (art. 31 LBVM).

7.5 Autres questions nécessitant une réglementation

7.5.1 Affiliation

En cas d'affiliation à un groupe d'une société jusque là indépendante, les actionnaires minoritaires de la nouvelle filiale (communément appelés "actionnaires libres") se trouveront souvent dans une situation juridique précaire. Leurs intérêts seront davantage menacés que ceux des actionnaires minoritaires d'une société indépendante. Ainsi, la société mère pourra user des ressources de la filiale à ses propres fins. Dans l'intérêt du groupe, il lui sera également possible de réduire l'étendue des activités de la filiale, tant sur le plan matériel que géographique. De même, elle pourra reprendre une partie importante de ses produits, cela de façon formelle ou informelle. En contrepartie, la filiale retirera des avantages de sa participation au groupe. Pour les actionnaires minoritaires, le dommage net résultant en définitive de ces diverses opérations pourra être considérable, bien que difficile à prouver. En cas d'affiliation à un groupe, l'existence d'un droit de sortie sera dès lors bien souvent la seule façon de protéger réellement les intérêts des actionnaires minoritaires. L'obligation de faire une offre, telle qu'elle est prévue par la loi sur les bourses, va dans le même sens (cf. ci-avant 7.4).

L'aménagement d'un droit de sortie dans le cadre d'un processus d'affiliation ne devra pas aller sans prévoir également le droit de l'offrant de contraindre la petite minorité restante à lui vendre ses actions.

7.5.2 Publicité de groupe

Il n'existe pas d'obligation de déclarer pour les sociétés dont les titres ne sont pas cotés en bourse (cf. art. 663c CO et art. 20 sv. LBVM). La publicité de groupe renseigne sur l'existence de relations de groupes et devrait être prévue de façon générale pour tous les groupes de sociétés.

7.5.3 Direction de groupe

Le nouveau droit des sociétés anonymes et la future loi sur les bourses ne règlent pas la direction unique par les organes de la société mère et ses conséquences (protection des actionnaires minoritaires et des créanciers d'une filiale). Il en résulte différents problèmes, dans la mesure où le droit des sociétés prend en principe (sauf exceptions déjà mentionnées) comme modèle la société indépendante.

Bien qu'un groupe de sociétés se compose formellement d'entités juridiques distinctes, il est en général dirigé comme un tout par les organes de la société mère. De ce fait, les intérêts des sociétés individuelles sont subordonnés à ceux du groupe dans son ensemble. Souvent les membres du conseil d'administration ou de la direction de la société mère fonctionnent en même temps comme organes des filiales, ou du moins en désignent les membres. Pour permettre la poursuite des intérêts du groupe, la direction unique donne aux conseils d'administration des filiales des instructions. Celles-ci peuvent aller à l'encontre des intérêts des filiales. La question se pose dès lors de savoir à quelles conditions et dans quelle mesure la société mère peut intervenir dans les affaires des sociétés du groupe.

Malgré l'existence d'une direction unique, les conseils d'administration des filiales sont juridiquement responsables du respect de leur devoirs légaux. Selon l'article 717 CO, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers s'occupant de la gestion, doivent veiller fidèlement aux intérêts de la société. En outre, l'article 716a CO récemment entré en vigueur attribue au conseil d'administration certains devoirs, qu'il qualifie de surcroît d'intransmissibles et d'inaliénables. En cas de violation de ces obligations, les membres du conseil d'administration d'une filiale répondent personnellement, envers les actionnaires minoritaires et les créanciers, des dommages qui en résultent. A cet égard, il n'impose pas que le conseil d'administration ait agi sur instructions de la société-mère. Un manquement aux intérêts de la filiale peut également avoir des conséquences pénales (gestion déloyale, art. 159 CP).

7.5.4 Responsabilité des organes et insolvabilité de groupe

Le fait de reconnaître à la direction unique d'un groupe le droit de donner des instructions ne doit pas porter préjudice aux intérêts des actionnaires minoritaires ou à ceux des créanciers des filiales. Aussi, l'introduction dans la loi d'un droit formel de donner des instructions ne doit-il pas aller sans une réglementation spécifique de la responsabilité des organes et des situations d'insolvabilité dans le cas des groupes de sociétés (cf. ci-avant 7.2).

7.5.5 Droit fiscal des groupes

Il est particulièrement important que le droit fiscal prenne également en considération les relations de groupe (la déclaration fiscale consolidée n'existe pas encore en Suisse).

7.6 Application du droit actuel aux groupes

Comme on l'a déjà vu, le nouveau droit des sociétés anonymes contient plusieurs dispositions relevant du droit des groupes (cf. ci-avant 7.3). Le droit positif offre en outre certaines réponses aux questions posées par le fonctionnement des groupes. L'application aux groupes des normes en vigueur soulève cependant diverses difficultés (cf. à ce sujet, R. von Büren, *Der Konzern im neuen Aktienrecht*, dans: *Grundfragen des neuen Aktienrechts*, Berne 1993, p. 47 ss). Par ailleurs, la validité des solutions développées par la pratique n'a pas encore été tranchée de façon concluante par les tribunaux :

- La structure de direction d'un groupe est-elle compatible avec l'article 716a CO, qui définit les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration? Dans l'appréciation de cette question, il faut tenir compte du fait que cette règle n'exige pas une indépendance absolue des membres du conseil d'administration. Une telle indépendance n'existe du reste souvent pas dans le cas des sociétés non affiliées à un groupe (relations du conseil d'administration avec l'actionnaire principal). Lorsqu'elles ne vont pas à l'encontre des intérêts de la filiale, les instructions de la société-mère aux administrateurs ne sont pas contraires à l'article 716a CO. En revanche, cette norme définit le champ de responsabilité de l'administration et interdit une subordination complète des intérêts de la filiale en droit suisse, au moins s'il existe des "actionnaires libres". La question de savoir si une telle structure de direction est conforme à l'article 717 CO est, quant à elle, plus difficile. Rappelons que cette disposition impose aux administrateurs le devoir de veiller fidèlement aux intérêts de la société.

- Responsabilité des organes et insolvabilité de groupe

Les administrateurs d'une filiale qui n'exercent pas les compétences définies par l'article 716a CO dans l'intérêt de la société sont personnellement responsables du dom-

mage qui en résulte, même lorsqu'ils ont agi sur instructions de la société-mère. C'est pourquoi ils obtiennent souvent de cette dernière l'engagement contractuel de les indemniser pour les suites des actes imposés par la direction du groupe (en l'absence d'un tel accord, les membres du conseil d'administration peuvent invoquer l'article 402, alinéa 2, CO, pour autant que les instructions données n'aient pas été illicites). Il serait également concevable de traiter la société-mère comme un organe de fait de la filiale. Cette solution n'a toutefois jamais été consacrée par la jurisprudence et ne supprime pas le caractère irrégulier du comportement des administrateurs, que ce soit sur le plan contractuel, délictuel ou pénal.

- Protection des minorités de groupe

Les nouvelles dispositions du droit des sociétés anonymes qui protègent les actionnaires minoritaires, en particulier l'obligation d'égalité de traitement désormais inscrite dans la loi (art. 717, al. 2, CO), le contrôle spécial (art. 697a CO) et la possibilité de répartition des frais prévus à l'article 756, alinéa 2, CO en cas d'action en responsabilité hors faillite, améliorent également la protection des actionnaires minoritaires des filiales (cf. aussi ci-avant 7.3). Il en va de même de l'action en dissolution, qui permet désormais aux actionnaires minoritaires de demander à sortir de la société s'ils peuvent faire valoir de justes motifs (art. 736, ch. 4, CO; cf. aussi ci-avant 3.4.2 lit. d).

Le droit en vigueur ne contient en revanche aucune règle concernant le processus même d'affiliation d'une société à un groupe. Quant au projet de loi sur les bourses, il prévoit, dans le cadre des dispositions facultatives sur l'offre publique d'achat, l'obligation de faire une offre aux actionnaires minoritaires lors d'une prise de contrôle (cf. ci-avant 7.4). Ces normes sont toutefois controversées et de prime abord destinées aux seules sociétés publiques.

En définitive, le Groupe de réflexion considère que la question d'une réglementation légale des groupes devra être examinée à la lumière des expériences qui auront été faites avec le nouveau droit des sociétés anonymes.

7.7 Réserves quant à la création d'un droit formel des groupes

7.7.1 Inconvénients d'un droit spécifique des groupes

La réglementation des groupes de sociétés peut prendre la forme d'un droit formel des groupes, en soi distinct, ou s'intégrer dans le cadre du droit général des sociétés (réglementation ponctuelle réalisée par des normes spéciales).

Jusqu'à ce jour, aucun Etat n'a élaboré de loi distincte réglementant toutes les questions relevant du droit des groupes. L'Allemagne est allée le plus loin dans ce sens. La législation allemande en la matière n'a toutefois pu servir de modèle aux autres pays. Elle vise en effet un type de groupes de sociétés méconnu sur le plan international. Il s'agit des groupes à structure contractuelle, dans le cadre desquels les filiales sont complètement subordonnées

à la société-mère. Par opposition, les groupes suisses sont pour la plupart des groupes de fait, reposant sur une participation au capital social et conçus, pour des raisons fiscales, comme des entités économiques relativement indépendantes.

Dans les autres Etats, on s'est contenté d'une réglementation ponctuelle, allant toutefois plus loin sous certains aspects que le droit suisse. La Commission de la CE a quant à elle renoncé à présenter un projet de directive en la matière, alors même qu'un texte s'inspirant du modèle allemand avait déjà été formulé (le projet interne de l'administration est publié dans: M. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, 3ème édition, Berlin/New York 1991).

7.7.2 Nécessité d'une réglementation internationale en la matière

La plupart des groupes suisses ne sont pas constitués uniquement de sociétés de cette nationalité. Dans leur cas, l'application d'un droit des groupes plus développé serait problématique: seules pourraient être soumises à ces dispositions les sociétés suisses (qu'il s'agisse de la société-mère ou de filiales). Le demandeur suisse qui, dans le cadre d'une action dirigée contre une société-mère située à l'étranger, voudrait invoquer les nouvelles règles suisses sur la responsabilité des organes et l'insolvabilité de groupe, aurait peu de chances de succès. A l'inverse, le demandeur étranger en litige avec une société-mère établie en Suisse bénéficierait de normes plus sévères qu'ailleurs. Pour être efficaces, les dispositions de droit des groupes doivent donc s'appliquer à l'ensemble du groupe, à savoir aussi bien à la société-mère qu'aux filiales. Il serait certes concevable d'attribuer à la société-mère étrangère un droit formel d'ingérence dans les affaires de la filiale suisse. Un tel droit n'irait toutefois pas sans prévoir une responsabilité correspondante de la société-mère. De plus, il faudrait adopter des normes spécifiques relatives à l'insolvabilité de groupe. Ces dispositions devraient de surcroît être exécutoires à l'étranger. Les normes de droit des groupes perdent largement leur sens si elles ne peuvent s'appliquer qu'à certaines sociétés d'un groupe.

Vu le caractère international des groupes (du moins des plus importants) et les dangers d'une réglementation suisse autonome (cf. ci-après 7.7.3), le droit des groupes ne peut être aménagé de façon satisfaisante que sur le plan international. Un droit des groupes exclusivement suisse créerait peut-être plus de problèmes qu'il n'en résoudrait. En revanche, une participation de la Suisse à des négociations internationales en la matière serait souhaitable.

7.7.3 Dangers d'une réglementation défavorable à la place économique suisse

Si la Suisse faisait cavalier seul dans l'adoption de normes de droit des groupes, la législation helvétique serait plus rigoureuse que celles des pays voisins, notamment en matière de responsabilité. Comme ces dispositions pourraient pour la plupart être invoquées à leur encontre, les entreprises, en particulier les sociétés-mères établies en Suisse, risqueraient

de venir à considérer comme désormais beaucoup moins intéressantes les conditions-cadres de la place économique suisse.

7.8 Conséquences

Le Groupe de réflexion rejette dans sa majorité l'idée d'une *loi formelle réglant de façon détaillée le droit des groupes*, compte tenu des disparités qui seraient ainsi créées avec les législations moins développées des Etats voisins.

Il serait en revanche judicieux d'examiner les possibilités de développer une *réglementation ponctuelle* en la matière. De nouvelles normes de droit des groupes pourraient en particulier être adoptées en matière de publicité, de direction unique (droit de donner des instructions, devoir de direction), de responsabilité des organes et d'insolvabilité.

Plusieurs membres du Groupe de réflexion considèrent en définitive comme superflue de nouvelles normes de droit des groupes. Ils craignent par ailleurs les effets dommageables de telles dispositions, vu l'impossibilité de les appliquer pleinement aux groupes internationaux et compte tenu de l'atteinte qui serait ainsi portée aux conditions-cadres de la place économique suisse.

Il convient d'examiner plus amplement quelles sont les alternatives existantes en la matière, ainsi que leurs effets respectifs. Le Groupe de réflexion considère dans sa majorité comme non urgente la réglementation des problèmes relevant du droit des groupes. D'autres réformes législatives sont en effet prioritaires en droit des sociétés. De plus, il ne serait pas judicieux de régler de façon autonome les problèmes qui peuvent exister dans ce domaine.

8. Droit des fondations

Le Conseil fédéral ayant soumis en consultation un projet de révision du droit des fondations, le groupe de réflexion renonce à traiter ce sujet.

9. Droit des papiers-valeurs

Le droit des papiers-valeurs devrait être adapté à la réalité (papier-valeur non instrumenté). Beaucoup de questions encore non résolues devraient être réglées par la loi, notamment les papiers-valeurs non instrumentés (cf. Dieter Zobl/Claude Lambert, Zur Entmaterialisierung der Wertpapiere, RSDA 1991, p. 177 ss).

Le groupe de réflexion est d'avis qu'une réglementation des papiers-valeurs non instrumentés est en principe souhaitable, mais pas d'une extrême urgence en comparaison des autres révisions; c'est pourquoi il renonce à examiner matériellement ce sujet.

10. Divers

L'article 962 CO règle l'obligation de conserver les livres. Le compte d'exploitation et le bilan doivent être conservés en original; les autres livres peuvent être conservés sous forme d'enregistrement sur des supports d'images. La correspondance et les pièces comptables, elles, peuvent être conservées sur des supports de données ou d'images.

Plusieurs milieux demandent que la conservation sur des supports de données ou d'images soit autorisée plus largement.

La question d'une révision de l'article 962, alinéa 2, CO, devrait être confiée à l'éventuelle commission chargée d'élaborer le droit sur l'établissement des comptes. Les problèmes liés aux preuves techniques ne devront pas être oubliés.

11. Conclusions et propositions

11.1 Principes

Le droit suisse des sociétés et des papiers-valeurs nécessite sûrement une révision. Vu l'urgence de régler certaines questions, il s'impose de fixer des priorités.

Si l'on pense que la révision du droit des sociétés anonymes adoptée en 1992 a duré 27 ans, il paraît indiqué de limiter les buts et la portée d'une future révision. En principe, des révisions portant sur des thèmes sont plus facilement et plus rapidement réalisables que des révisions totales.

11.2 Orientation juridique européenne

La discussion sur la poursuite des travaux est rendue plus difficile par l'incertitude qui règne sur la question de l'intégration de la Suisse à l'Europe. Il faut prendre en considération le fait que le Conseil fédéral a décidé de poursuivre la politique d'intégration après le refus en votation populaire de l'entrée de la Suisse dans l'EEE (cf. ci-avant 1).

Il faut tenir compte du fait que la reprise des dispositions de la CE sur le droit des sociétés peut encore toujours faire l'objet d'un accord d'intégration. Vu que le délai d'adaptation serait probablement court et que la procédure de législation serait longue, il serait judicieux d'entreprendre le plus vite possible les révisions qui permettent, au moins en partie, de se rapprocher des réglementations-cadres de la CE concernant le droit des sociétés.

Les prescriptions de la CE concernant le droit des sociétés constituent une réglementation matérielle adéquate et elles correspondent largement aux buts qui avaient été fixés par le Conseil fédéral pour le nouveau droit des sociétés anonymes. Les travaux du groupe de réflexion ont renforcé cette conviction. L'interdépendance internationale de l'économie est également un facteur déterminant, qui exige une harmonisation urgente de certaines prescriptions. C'est pourquoi une adaptation aux directives de la CE dans le domaine du droit des sociétés est justifiée, même si la Suisse n'adhère pas à l'EEE ou à la CE.

11.3 Aspects de droit national

Les problèmes de droit national et les demandes de politique interne ne peuvent pas être oubliés. Le groupe de réflexion estime en particulier qu'il est urgent d'adapter nos formes de sociétés (société à responsabilité limitée, société en commandite par actions, société de personnes à responsabilité limitée) aux besoins des petites et moyennes entreprises et

qu'une révision du droit des sociétés coopératives s'impose. Ces révisions ne doivent cependant pas empêcher l'adaptation du droit suisse des sociétés aux réglementations européennes.

11.4 Propositions relatives à la poursuite des travaux

Le groupe de réflexion a tenté de classer les différentes demandes de révision selon leur urgence. Il arrive aux conclusions suivantes:

Première priorité

Adaptation du droit des sociétés aux directives de la CE

- a. L'Office fédéral de la justice doit poursuivre les travaux de droit comparatif par rapport aux directives de la CE; il doit, en particulier, élaborer des projets de révision en vue d'adapter le droit suisse aux 1^{ère}, 2^{ème} et 11^{ème} directives de la CE (publicité, pouvoir de représentation, nullité de sociétés; constitution, capital, maintien du capital; filiales; cf. ci-avant 2.4, 2.5 et 2.10).
- b. L'Office fédéral de la justice a chargé le Prof. Frank Vischer de préparer un projet de loi sur la fusion, la scission et la transformation de sociétés, de sociétés coopératives, d'associations et de fondations; ce projet de loi est justifié et devrait être réalisé rapidement. Il doit prendre en considération les 3^{ème} et 6^{ème} directives de la CE ainsi que les aspects de droit fiscal (cf. ci-avant 2.6 et 6).
- c. Un droit eurocompatible sur l'établissement des comptes doit être élaboré avec le concours de spécialistes externes. A cette occasion, il faudra examiner la question de la publicité et examiner la possibilité de régler la matière dans une ordonnance ou en créant une loi spéciale sur l'établissement des comptes et la publicité. Les solutions doivent être différentes pour les petites, moyennes et grandes sociétés (cf. ci-avant 2.2, 2.4 et 2.10); par contre, les personnes juridiques ayant une activité économique devraient être soumises aux mêmes prescriptions, indépendamment de leur forme juridique (société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société coopératives et fondations).

- d. Un système d'autorisation doit être adopté en ce qui concerne les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés. C'est l'occasion de modifier et de compléter la réglementation suisse, dans la mesure où elle ne répond pas déjà aux exigences de la 8^{ème} directive de la CE (cf. ci-avant 2.3 et 2.10). Ces travaux doivent se faire en coordination avec l'élaboration d'un droit sur l'établissement des comptes, en raison de leurs liens matériels.

Deuxième priorité

Adoption de formes juridiques et de prescriptions appropriées pour les petites et moyennes entreprises. Révision du droit des sociétés coopératives

- a. Le groupe de réflexion recommande l'élaboration d'un avant-projet de révision du droit des sociétés à responsabilités limitées et du droit des sociétés en commandite par actions (cf. ci-avant 3.5, 3.6 et 3.8). Dans ce contexte, la constitution d'une société de personnes à responsabilité limitée (S.à.r.l. et société en commandite; cf. ci-avant 3.7 et 3.8) et d'une société anonyme à un seul actionnaire doit être autorisée (en prenant en considération les obligations de publicité prescrites par la 12ème directive de la CE; cf. ci-avant 2.7 et 2.10).
- b. Il est indiqué d'entreprendre dès que possible la révision du droit des sociétés coopératives, avec la collaboration d'experts (cf. ci-avant 5.).

Troisième priorité

Création de prescriptions spéciales complémentaires pour les groupes de sociétés Réglementation des papiers-valeurs non instrumentés

- a. Il convient, dans une phase ultérieure, d'examiner la nécessité d'élaborer des prescriptions spéciales complémentaires pour les groupes de sociétés et de présenter des propositions de réglementation (cf. ci-avant 7.).
- b. Enfin, l'élaboration d'une réglementation complète des papiers-valeurs non instrumentés doit être commencée (cf. ci-avant 9.).